

ESTUDIOS

- Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships
Cambiando el pasado: elección retroactiva de la ley aplicable y protección de terceras partes en los reglamentos europeos sobre los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas
LUKAS RADEMACHER 7
- Saving seed under international intellectual property Treaties and Iraqi Patent Law
La regulación de la reserva de semillas para resembrarlas en los tratados internacionales de propiedad industrial y en la legislación iraquí de patentes
SAMAN ABDULRAHMAN ALI 19
- La negociación del TTIP como ejemplo de ingeniería jurídica al servicio de la degradación de los derechos laborales
The negotiation of TTIP as an example of legal engineering to degrade the labor rights
XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ 33
- Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo
Extrajudicial assistance of the European cross-border consumer
DAVID CARRIZO AGUADO 45
- Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios
Scope of the lex successionis and its coordination with the lex rei sitae-lex registrationis: a purpose of the legacies by vindication
ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ 70
- Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial
Denial of the access to the Spanish nationality by polygamy: case-law analysis
M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ 94
- Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español
The patrimonial effects of unregistered couples in Spanish Private International Law
MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT 127
- La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la *Mudawana*) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional
The rules' application of the Moroccan Family Code (Mudawana) regulating about the divorce in Spain: the constitutional filter
MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN 144
- La propuesta de reglamento estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea de septiembre de 2017
Proposal for a regulation establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union of september '17
CARLOS ESPLUGUES MOTA 164

International law, indicators and global governance <i>Derecho internacional, indicadores y gobernanza global</i> DOROTHY ESTRADA TANCK	196
Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo <i>Genuine posting and the law applicable to the employment contract</i> FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA	213
La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial <i>The reference to Spanish law in matters of succession and matrimonial economic regime</i> JOSÉ LUIS IGLESIAS BUIGUES	233
Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union <i>Interacciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Internacional Privado de la Unión Europea</i> DIMITRIS LIAKOPOULOS	248
Recorrido transnacional de la soberanía tributaria <i>Transnational route of the tax sovereignty</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	306
Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia <i>Remedies and obligations imposed by competition authorities</i> FRANCISCO MARCOS	331
Derecho de patentes <i>versus</i> derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea: ¿una relación de complementariedad? <i>Patent law versus competition law in the European Union: a complementary relationship?</i> MIRIAM MARTÍNEZ PÉREZ	372
Sobre la (in)competencia de las instituciones europeas para reformar los sistemas públicos de pensiones nacionales a la luz del derecho de la UE y de los tratados internacionales <i>About the (in)competence of the European institutions to reform the public systems of national pensions in the light of the EU law and the international treaties</i> CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	394
La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado <i>The so-called “digital inheritance”: need of regulation? Study of Spanish and Comparative Law</i> MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN	413
Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género Woman, marriage and motherhood: issues of Private International Law from a gender perspective CARMEN VAQUERO LÓPEZ	439
La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012 <i>Succession of British citizens in Spain after the entry into force of Regulation 650/2012</i> ALFONSO YBARRA BORES	466
Análisis comparado de la cosa juzgada en Derecho inglés <i>Comparative analysis of the res judicata doctrine under English Law</i> JAIME ZARZALEJOS HERRERO	489
El interés superior del menor en el caso de los hijos nacidos en España de madres que no transmiten su nacionalidad por aplicación del Derecho islámico. En particular, la reforma del Derecho marroquí <i>The superior interest of the child in the case of children born in Spain of mothers who do not transmit her nationality by applying the Islamic Law. In particular, the reform of Moroccan Law</i> ISABEL ZURITA MARTÍN	510

VARIA	<p>Los retos de la litigación transnacional en la Unión Europea: ¿se ha extendido demasiado la “noción de materia contractual” en el Reglamento Bruselas I? <i>The challenges of the transnational litigation in the European Union: has the notion of matters relating to a contract been extended too much in Brussels I Regulation?</i></p> <p style="text-align: right;">ISABEL ANTÓN JUÁREZ</p> <p style="text-align: right;">525</p>
	<p>Crónica de jurisprudencial laboral internacional. Enero / junio 2017 <i>Chronicle of international labor jurisprudence. January / june 2017</i></p> <p style="text-align: right;">ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ</p> <p style="text-align: right;">534</p>
	<p>Control judicial de la validez del convenio arbitral en un contrato de adhesión: Sentencia Núm. 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo <i>Arbitration agreement and standard form contracts: judgement number 409/2017 of 27th june of the Spanish Supreme Court</i></p> <p style="text-align: right;">ANA ISABEL BLANCO GARCÍA / PABLO QUINZÁ REDONDO</p> <p style="text-align: right;">544</p>
	<p>Las partes vinculadas por el acuerdo de elección de foro. Nota a la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2017, Leventis y Vafeias, as. 436/16 <i>The parties bound by the forum selection clause. Commentary to the ECJ judgment of 28 june 2017, Leventis y Vafeias, c. 436/16</i></p> <p style="text-align: right;">BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ</p> <p style="text-align: right;">551</p>
	<p>Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional <i>Legal exceptions to the child's return in international abduction situations</i></p> <p style="text-align: right;">JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR</p> <p style="text-align: right;">561</p>
	<p>Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana <i>Recent Italian case-law concerning EU Regulation on the law applicable to divorce and legal separation</i></p> <p style="text-align: right;">FEDERICA FALCONI</p> <p style="text-align: right;">568</p>
	<p>Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso [consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (<i>hanseyachts</i>) y de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (<i>schlömp</i>)] <i>International lis pendens and preliminary measures [some reflections in light of the ECJ Judgments in the hanseyachts and schlömp cases]</i></p> <p style="text-align: right;">FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI</p> <p style="text-align: right;">581</p>
	<p>Filiación natural. El artículo 9.4 del Código Civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo <i>Natural filiation. Art. 9.4 CC and the triumph of the child's habitual residence</i></p> <p style="text-align: right;">ISABEL LORENTE MARTÍNEZ</p> <p style="text-align: right;">592</p>
	<p>Nulidad matrimonial instada por tercero y competencia internacional en el Reglamento 2201/2003. Comentario a la STJUE de 13 de octubre de 2016, asunto C-294/15 <i>Marriage annulment sued by third party and jurisdictional rules in EU Regulation 2201/2003. Judgment of the court of 13 october 2016, case C-294/15</i></p> <p style="text-align: right;">PILAR PEITEADO MARISCAL</p> <p style="text-align: right;">601</p>
	<p>El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica <i>International child abduction in the European Union: return of the child vs domestic or family violence</i></p> <p style="text-align: right;">ISABEL REIG FABADO</p> <p style="text-align: right;">610</p>
	<p>Aplicación del foro del Artículo 5.3 del reglamento 44/2001 en casos de víctimas indirectas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 diciembre 2016, <i>Concurrence</i>, C-618/15 <i>Rule of jurisdiction of Article 5.3 Regulation 44/2001 in cases of indirect victims. Commentary of Judgment of the Court, 21 december 2016, Concurrence, C-618/15</i></p> <p style="text-align: right;">JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO</p> <p style="text-align: right;">620</p>
	<p>Litispendencia y diligencias de prueba: algunas reflexiones sobre la sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2017 <i>Lis pendens and measures of inquiry: some reflections on the ECJ judgment of 4 may 2017</i></p> <p style="text-align: right;">M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ</p> <p style="text-align: right;">630</p>

Responsabilidad parental y la aplicación del Forum Non Conveniens de carácter reglado del Artículo 15 del reglamento (CE) nº 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016 <i>Parental responsibility and the application of regulated Forum Non Conveniens of article 15 of council regulation (ec) nº 2001/2003: the ECJ Judgement of 27th october 2016</i> BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ	639
Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE <i>concurrency vs. Samsung y Amazon</i> , de 21 de diciembre de 2016 <i>International jurisdiction in matter of non-contractual liability on the internet: new criteria in determining the place where the harmful event occurred. Analyzing the STJUE concurrency vs. Samsung y Amazon, of 21 december 2016.</i> MARÍA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ	657
<hr/>	
Normas de publicación en la revista	662

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

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

ILARIA PRETELLI
Institut Suisse de Droit Comparé

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

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

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

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

ANGELO DAVÌ
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

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

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLÉ
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSSEL
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY

(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

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

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

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

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

GIAN PAOLO ROMANO
(Univ. de Genève)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

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

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU

(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

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

ESTUDIOS

CHANGING THE PAST: RETROACTIVE CHOICE OF LAW AND THE PROTECTION OF THIRD PARTIES IN THE EUROPEAN REGULATIONS ON PATRIMONIAL CONSEQUENCES OF MARRIAGES AND REGISTERED PARTNERSHIPS

CAMBIANDO EL PASADO: ELECCIÓN RETROACTIVA DE LA LEY APLICABLE Y PROTECCIÓN DE TERCERAS PARTES EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS SOBRE LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LOS MATRIMONIOS Y DE LAS UNIONES REGISTRADAS

LUKAS RADEMACHER

*Institute for Private International and Comparative Law
University of Cologne, Germany*

Recibido: 18.01.2018 / Aceptado: 24.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4112>

Abstract: Two forthcoming EU Regulations are going to address, inter alia, the law applicable to the patrimonial consequences of marriages and registered partnerships. Under the Regulations, spouses and partners will not only be able to choose the applicable law but they are also granted the right to give their choice of law retroactive effect. Although the patrimonial consequences of marriages and partnerships are of relevance primarily to the spouses and registered partners, they may also directly affect the legal position of third parties. The aim of this paper is to identify and analyze the risks for third parties inherent in a retroactive change of the applicable law and the measures implemented in the Regulations to safeguard third party interests.

Keywords: matrimonial property regime, partnership property regime, applicable law, choice of law, retroactivity, third parties.

Resumen: Dos Reglamentos europeos regirán, entre otras cosas, la ley aplicable a los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. Según los Reglamentos, los cónyuges y los miembros de la unión además de poder elegir la ley aplicable tienen la posibilidad de dotar esta elección de efecto retroactivo. Aunque los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas tienen relevancia ante todo para los cónyuges y los miembros de la unión registrada, pueden afectar directamente a la posición jurídica de terceras partes. El objetivo de este artículo es identificar y analizar los riesgos para terceros inherentes a un cambio retroactivo de la ley aplicable y las medidas implementadas en los Reglamentos para salvaguardar los intereses de terceras partes.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales de las uniones registradas, ley aplicable, elección de la ley aplicable, retroactividad, terceras partes.

Summary: I. Introduction. II. Effects of patrimonial family law on third parties. 1. Acquisition, disposition, and presumption of property rights. 2. Debts and representation. 3. Succession. III. Choice of law. 1. Eligible jurisdictions. 2. Material and formal validity. 3. Temporal effects:

prospective and retroactive choice of law. IV. Protection of third parties. 1. Protection from the application of an unreckoned law. 2. Protection from the loss of rights due to retroactive choice of law. V. Conclusion.

I. Introduction

1. According to conventional wisdom, the past cannot be changed. Yet this proposition will soon hold untrue as regards the law applicable to patrimonial consequences of marriages and registered partnerships. In two forthcoming regulations¹, the European Union has not only once again reasserted the principle of private autonomy in conflict of laws, a principle which permeates the international law of obligations, of divorce, maintenance, and succession². Under the imminent regulations³, spouses and registered partners are also granted the right to give their choice of law retroactive effect. By virtue of the spouses' or registered partners' agreement, the patrimonial consequences of a marriage or partnership are governed by a different substantive law than before. This choice may not only have effect *ex nunc* or *pro futuro* from the point in time the agreement is concluded but also *ex tunc* or *pro praeteritum* in view of the time the marriage or partnership existed prior to the choice-of-law agreement.

2. The patrimonial consequences of marriages and partnerships are of relevance first and foremost to the spouses and registered partners, predominantly when the marriage or partnership ends by death, divorce, or dissolution. At the very core of this area of substantive law lie the distribution of property rights between spouses or partners due to marriage or partnership and the creation or absence of a marital estate or an estate of the partners. However, as property rights entitle *erga omnes*, their distribution may also prove significant beyond the bilateral relationships of marriage and partnership. The law of patrimonial consequences determines the management of the estate and how it will be divided and inherited at the end of the marriage or partnership. And even absent a community estate, the marital property regime may restrain a spouse's or registered partner's power of disposition or it may authorize the spouses or partners to represent each other. Moreover, under the law of patrimonial consequences, third parties may rely on presumptions of ownership based on the marriage or partnership.

3. Therefore, matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships have important and direct effects for third parties. A third party's rights, entitlements, and liability *vis-à-vis* one or both spouses or partners may depend on the substantive rules of the patrimonial regime. As a result, a third party may be disadvantaged legally by the application of one patrimonial regime compared to another. A change of the applicable law may hence result in a change of the substantive patrimonial property regime governing the marriage or partnership, with potentially detrimental effects for third parties. In particular, third parties may be adversely affected by a retroactive change of the applicable law, which the upcoming regulations explicitly provide for.

¹ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJEU* L 183, 8 July 2016, pp. 1-29; Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJEU* L 183, 8 July 2016, pp. 30-56.

² H.-P. MANSEL, "Party autonomy, legal doctrine on choice of law, and the general section of the European conflict of laws", in S. LEIBLE (ed.), *General principles of European private international law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 131-169, especially pp. 141-148; G. RÜHL, "Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht", in D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (eds.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 187-209.

³ For an overview on the new provisions, see A. DUTTA, "Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union – ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2016, pp. 1973-1985; S. MARINO, "Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 9, n° 1, March 2017, pp. 265-284; D. MARTINY, "Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen", *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)* 2017, pp. 1-33; B. HEIDERHOFF, "Die EU-Güterrechtsverordnungen", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, pp. 1-11.

4. The European legislator is aware of third-party consequences in international family law⁴ and has made arrangements for the third party's protection. The tension between the interests of third parties and the spouses' and partners' private autonomy in choosing the applicable law is addressed in a number of the Regulations' provisions. The aim of this paper is to identify and analyze the risks for the third party's legal position and the measures implemented to safeguard it. The paper is structured as follows: first, the possible effects of matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships on third parties will be examined (II.). The relevant areas and conceptual distinctions in national substantive family laws will be outlined in a comparative overview. Second, the choice-of-law options under both Regulations will be introduced (III.). The focus here will be on the eligible jurisdictions and in particular on the retroactive choice of law. Against this background, third, the protective mechanisms envisaged in the Regulations will be introduced and evaluated (IV.).

5. When reference is made to 'the Regulations', both Regulation 2016/1103 on marriages and Regulation 2016/1104 on registered partnerships are encompassed. The Regulations' articles, for the most part, are identical but some important deviations, which will be pointed out in what follows, can be found also with regard to the topic at hand. When addressing the scopes of both Regulations at the same time, the terminological question of the appropriate nomenclature arises. Regulation 2016/1103 deals with matrimonial property regimes while Regulation 2016/1104 is concerned with property consequences of registered partnerships. A more general term has to be found that embraces both the matrimonial property regime and the property consequences of registered partnerships. Two Scottish authors, when confronted with the same terminological issue, had the following to say: "Once upon a time this subject was called 'matrimonial property law'. Now marriages can be either other-sex or same-sex, and same-sex couples (but not other-sex couples) can enter into civil partnerships which are almost the same as marriage. At the same time, cohabitation without marriage has grown. An umbrella term is needed for the legal area dealing with the patrimonial consequences of such relationships. We offer, tastelessly, 'sexual property law'"⁵. Notwithstanding matters of taste, however, the suggested terminology does not seem to be the most suitable choice. Instead, preference should be given to the admittedly somewhat clumsy but more precise and unambiguous term of 'patrimonial consequences of marriages and registered partnerships'. Patrimony, an English word of Latin derivation, describes the total of all personal and real entitlements, including movable and immovable property, belonging to a person.

II. Effects of patrimonial family law on third parties

6. Due to the potential legal consequences, third parties are well advised to identify the regime applicable to the marriage or partnership when assessing the legal relationship to a person married or registered as a partner. Most national substantive family laws have established general legal effects of marriages and partnerships as well as a default statutory regime which governs a marriage or partnership⁶. The default statutory regime applies unless spouses or partners are allowed to and have opted for a non-standard regime by means of a pre- or postnuptial agreement. In very broad terms, we frequently find the community of property as the default statutory regime in national jurisdictions (especially in the Romanistic legal family) and less often separation of property as the default solution, sometimes (especially in the Germanic and Scandinavian legal families) in more or less strict variations⁷. In conse-

⁴ See already recital 46 of Regulation 2016/1103 and recital 45 of Regulation 2016/1104.

⁵ G.L. GRETTON/A.J.M. STEVENS, *Property, Trusts and Succession*, London, Bloomsbury, 3rd ed., 2017, para. 11.1.

⁶ Exceptions are England and Wales (sec. 1 f. English Law Reform [Married Women and Tortfeasors] Act 1935) and Scotland (sec. 24 Scots Family Law Act 1985) where the general rules of property law and the law of obligations apply instead, which moves these legal systems close to those in which separation of property is the default statutory regime.

⁷ For an overview, see W. PINTENS, "Matrimonial Property Law in Europe", in K. BOELE-WOELKI/J. MILES/J.M. SCHERPE (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 19-46; K. BOELE-WOELKI/F. FERRAND/C. GONZÁLEZ-BEILFUSS/M. JÄNTERÄ-JAREBORG/N. LOWE/D. MARTINY/W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Antwerpen, Intersentia, 2013, pp. 11-18, 140 f., 144-147, 219, 221 f., 224-228; detailed national questionnaires can be found in K. BOELE-WOELKI/B. BRAAT/I. CURRY-SUMNER (eds.), *European Family Law in Action*,

quence, a change of the applicable law can result in a change of the applicable default statutory regime and thus in a change from community of property to separation of property and *vice versa*. Even if two legal systems both have established nominally the same default solution, the specific legal rules behind statutory default concepts of the same name are not necessarily congruent. As always, the outcome of individual cases depends on technical details which can differ significantly among the legal systems even if they generally adhere to the same category of default regime. Also, the general legal effects attached to marriages and partnerships may differ from jurisdiction to jurisdiction. Moreover, spouses and partners can modify the available statutory regimes to varying degrees in the different legal systems⁸.

7. Therefore, the application of one substantive law instead of another can improve or, more important for the purposes of this paper, deteriorate the legal situation of third parties. Whereas a third party may hold certain rights and entitlements according to one substantive law, the opposite may be true when another substantive law is applicable. In consequence, a deliberate change of the applicable law, especially if bestowed with retroactive effect, can result *a priori* in the loss of rights for third parties. The following sub-sections will present an overview of areas of substantive family law which may prove relevant for the third party's legal position. To appreciate the resulting conflict-of-laws problems (III. and IV.), it suffices to demonstrate the conceptual distinctions between community property and separation of property relevant for third parties and to exemplify differences within legal systems which nominally have established the same default statutory regime; comprehensive and detailed studies of the various national laws can be found elsewhere⁹. For the purposes of this paper, only the structural issues resulting from the transition between applicable laws need to be exposed. When contrasting community property with separation of property, this paper will refer to the *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses* prepared by the Commission on European Family Law (CEFL Principles). These Principles, based on comparative research, were drafted as a restatement of European marriage law¹⁰. Their aim is to reflect a common core of the various European national legal systems and to provide further comparative references.

1. Acquisition, disposition, and presumption of property rights

8. The aforementioned differences between the national legal systems have their most significant impact perhaps on the acquisition of property rights by spouses and partners. Under regimes of community property, assets acquired generally do not fall into the personal property of the individual spouse or partner involved in the transaction but rather fall into the community¹¹. In consequence, both spouses or partners own the whole estate together. Almost everywhere, this rule applies only for property that was acquired during the marriage or partnership and makes exceptions for property which has a particularly close and personal connection with one spouse or partner¹². In contrast, the starting point of systems with separation of property as the default statutory regime is that property is owned separately by the spouses or partners¹³. This is also the case where the regime of separation of property takes the form of a participation in acquisitions: only at the end of the regime, the acquisitions of each spouse or partner are determined and valued, and claims for compensation (typically in money) arise if one

Volume IV: Property Relations between Spouses, Antwerpen, Intersentia, 2009; comprehensive national reports have been published in German in R. SÜSS/G. RING (eds.), *Eherecht in Europa*, Bonn, zerb, 3rd ed., 2017; see also A. BONOMI/M. STEINER, *Les Régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Geneva, Droz, 2006.

⁸ On the role of private autonomy in national family laws, see the national reports in J.M. SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart, 2012; see also the answers to question 15 and 191-201 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 237-244, 1131-1242.

⁹ See the specialized comparative volumes BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, and SÜSS/RING, *Eherecht in Europa*, 2017, above, n. 7.

¹⁰ BOELE-WOELKI/FERRANDI/GONZÁLEZ-BEILFUSS/JÄNTERÄ-JAREBORG/LOWE/MARTINY/PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, 2013, above, n. 7, pp. vi, 8, 26 f., 34.

¹¹ CEFL Principles 4:34-4:36.

¹² CEFL Principle 4:35, pp. 224-228.

¹³ CEFL Principle 4:17, pp. 144-147.

spouse's or partner's acquisitions exceed the value of those of the other. Under strict regimes of separation of property, by contrast, no compensation is owed.

9. In consequence, the allocation of property rights between spouses and partners and the number of owners depends on the applicable regime of patrimonial relations. A spouse or partner can be a (co-)owner of a particular movable or immovable belonging to the community estate under one regime, while he or she does not have any proprietary rights in that specific asset under another regime. The ramifications for third parties show in two contexts in particular: first, the prospects of third parties, who hold claims against a spouse or partner, depend on the distribution of proprietary rights. A claim often has economic value only if the debtor holds property that the creditor eventually can avail him- or herself of. The applicable regime therefore may decide whether the debtor remains empty-handed or receives what he or she is owed. Second, a spouse or partner may be the sole owner of a specific asset under one regime, whereas he or she is bound by the restrictions of community property under the other. In such cases, a third party who intends to acquire ownership from the spouse or partner may be prevented from doing so because of the parallel co-ownership in the community estate of the other spouse or partner and the requirement of his or her joint administration¹⁴. Therefore, the matrimonial regime or the property consequences of the registered partnership may demand the other spouse's or partner's agreement for the property to pass to the third party.

10. In both contexts, presumptions of ownership may prove decisive for third parties when the allocation of property rights between the spouses or partners is not certain. Again, a look at the national legal systems reveals that different presumptions are made depending on the regime governing the patrimonial relations. In systems of separation of property, there often is a rebuttable presumption established according to which assets belong to spouses or partners in equal parts¹⁵. A spouse or partner liable to a third party thus cannot escape foreclosure by asserting that an economically valuable asset exclusively belongs to the other spouse or partner. Where a regime of community property applies, it is rebuttably presumed that assets are community property¹⁶. But also within the same category of regime, the national legal systems show deviations from one another. Some national laws distinguish between presumptions for movables and immovables, the scope of the presumption is not the same everywhere, the standards of proof necessary to rebut a presumption vary, and some jurisdictions provide for no particular presumptions in their matrimonial regimes at all¹⁷.

11. At the core of the concept of ownership lies the idea of being empowered to dispose of an asset *ad libitum*. Spouses and partners, however, may be subject to restrictions in their ownership rights. Such restrictions may follow from the statutory regime, e.g., when assets fall into the community property and a transaction requires joint administration from both spouses or partners¹⁸. Yet, even where no community property exists, i.e. in regimes of separation of property, the spouses and partners may be relieved of the absolute right to dispose over their personal property due to the general legal effects of marriage and partnership. Such restrictions may apply to the family home or to household goods, or they may restrict a spouse or partner to dispose of their personal estate on the whole¹⁹. These restrictions, varying in their scope in the national laws, have the purpose to protect the economic basis of the family. Third parties are affected by such restrictions when contracting with a spouse or partner in a transaction which is subject to such restrictions. Depending on the applicable law, the transaction may be valid or invalid.

¹⁴ CEFL Principle 4:44, pp. 274-277.

¹⁵ CEFL Principle 4:20.

¹⁶ CEFL Principle 4:39.

¹⁷ See the answers to questions 29, 65, 101, 135, and 167 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 389-395, 639 f., 801-803, 925-928, 1075 f.

¹⁸ See above, para. 9.

¹⁹ CEFL Principles 4:5 f., pp. 63-75; see also the answers to questions 10 f. in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 175-206.

2. Debts and representation

12. The distinction between regimes of community property and separation of property is also relevant with regard to debts entered into by spouses or partners. Under separation of property, debts incurred by one spouse or partner generally are his or her personal debts²⁰. The creditor, a third party, generally can only sue the specific debtor who entered into the obligation and the debts can only be recovered from the debtor's personal assets. In contrast, under the national systems of community property, spouses and partners may incur community debts²¹. This is the case, of course, where both spouses or partners have jointly entered into the obligation. But community debts may also arise where only one spouse or partner acted. In many legal systems, the rule applies when a spouse or partner contracted to meet the needs of the family, especially when expenses are incurred for the family's subsistence, the maintenance and education of the family's children, health care expenses, and expenses incurred because of the administration of the common property²². Such debts, although contracted by one spouse or partner only, can be recovered both from the debtor's personal assets as well as from the common assets²³. Some national legal systems have actually established a presumption that a debt incurred by a spouse or partner is a community debt, unless the personal character of the debt is proven²⁴.

13. Closely related to the idea of community debts is the spouses' and partners' authority to bind the other spouse or partner *vis-à-vis* third parties in specific contractual settings such as daily life transactions with regard to the joint household and other family needs. This concept of a mutual authority to obligate also the significant other can be found in most legal systems irrespective of the applicable regime as a general legal effect of marriage and partnership²⁵. Usually, the authority does not depend on the spouses' or partners' consent but is conferred upon every spouse and partner by law. In some legal systems, this *ex lege* authority is construed as a form of agent authority, although, contrary to the general principles of agency, spouses and partners do not have to disclose that they are acting as agents for the legal effects of joint liability to apply²⁶. In some jurisdictions, spouses and partners can also represent each other when one spouse or partner is incapable of acting personally, due to illness, mental incapacity, or absence²⁷. Again, the national legal systems show differences in important details as regards the requirements and scopes of the authority.

3. Succession

14. Moreover, the patrimonial consequences of marriages and partnerships may also have an impact on third parties with regard to succession. Under German law, for instance, the regime of participation in acquisitions can lead to an increase of the surviving spouse's or partner's intestate inheritance by an additional quarter of the deceased's estate (§ 1371(1) German Civil Code [*Bürgerliches Gesetzbuch*]).

²⁰ CEFL Principle 4:21, pp. 165 f.; see also the answers to questions 66 f., 102 f., and 136 f. in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 641-645, 805-808, 929-933.

²¹ CEFL Principle 4:40, pp. 248-252.

²² See the answers to questions 30 f. in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 397-409.

²³ CEFL Principle 4:42, pp. 260-262; see also the answers to questions 33 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 419-424.

²⁴ BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 403-405 (Belgium, France, and Hungary).

²⁵ See the answers to questions 7, 9, and 13 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 129-137, 157-174, 217-226. But see also CEFL Principle 4:7, p. 85.

²⁶ See the answers to question 13 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 217-226.

²⁷ CEFL Principle 4:7, p. 81; see also the answers to question 13 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 217-226.

– BGB])²⁸. Accordingly, the proportional right to the inheritance of other legal heirs, e.g. of children or siblings – third parties in the present context, is reduced. The rules on intestate succession also affect the legitime, a right to a compulsory portion of the inheritance, which is derived from the (hypothetical) intestate inheritance share and from which the deceased cannot disinherit his or her children, parents, or spouse or partner without sufficient legal cause (§ 2303 BGB).

15. Whether the increase of the surviving spouse's or partner's inheritance share by a quarter should be classified as a matter of succession law or as a matter of the patrimonial relations has been a subject of debate²⁹, both under the national conflict-of-laws rules and under the Succession Regulation³⁰. A definite answer on the line of demarcation in European private international law cannot be drawn from the forthcoming Regulations either and there is certainly the risk that courts from different member states will reach disparate results in the qualification process. Since the purpose of § 1371(1) BGB, however, is not to implement a deceased spouse's or partner's hypothetical testamentary will but rather the flat-rate equalization of accrued gains when marriage or partnership end by death, a strong case can be made in favour of characterizing the provision as a matter of the patrimonial relations, not of succession law³¹.

III. Choice of law

16. With the adoption of the Regulations on the patrimonial consequences of marriages and registered partnerships, the European Union continues to promote party autonomy in conflict of laws. The parties' competence to designate the applicable law has emerged as a cornerstone of European legislation on private international law³². Party autonomy is not confined to the international law of obligations but has been assigned a firm place also in international succession and family law³³. The Regulations proceed with this principle also for patrimonial consequences. Only absent a choice of law by the spouses or partners, Arts. 26 of the Regulations determine the applicable law according to objective connecting factors.

1. Eligible jurisdictions

17. According to Arts. 22(1) of the Regulations, spouses and partners can choose the applicable law prior to or after entering marriage or partnership. The eligible jurisdictions, however, are signifi-

²⁸ See the answer for German law on question 6 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 121 f.

²⁹ M. WELLER, in A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, Art. 1, para. 36; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)* 74 (2010), pp. 522-720, paras. 322-325.

³⁰ Regulation (EU) 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *OJEU L 201*, 27 July 2012, pp. 107-134.

³¹ P. MANKOWSKI, “Das erbrechtliche Viertel nach § 1371 Abs. BGB im deutschen und europäischen Internationalen Privatrecht”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2014, pp. 121-129, 127. This is also the position of the German *Bundesgerichtshof* with regard to German private international law: ruling of 13 May 2015 – IV ZB 30/14, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* 205, 289 = *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2015, 2185, paras. 20-36.

³² For the theoretical underpinnings of party autonomy in private international law, see J. BASEDOW, “Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)* 75 (2011), pp. 32-59; M. LEHMANN, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41 (2008), pp. 381-434; H.E. YNTEMA, “Autonomy in Choice of Law”, *The American Journal of Comparative Law* 1 (1952), pp. 341-358.

³³ See the references above, n. 2. Specifically on international family law, D. HENRICH, “Zur Privatautonomie im europäischen internationalen Familienrecht”, in: A.-L. VERBEKE/J.M. SCHERPE/C. DECLERCK/T. HELMS/P. SENAEBE (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law: Liber Amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 701-713; see also the contributions to A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (eds.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Brussels, Bruylant, 2017.

cantly curtailed, ensuring a sufficient link between the marriage or partnership and the applicable law. The parties can select the law of the state where one or both spouses or partners are habitually resident at the time the agreement is concluded (lit. a) or the law of a state of nationality of either spouse or partner at the time the agreement is concluded (lit. b). For spouses and partners with dual or multiple citizenships the laws of all states of citizenship shall be eligible³⁴. Additionally, pursuant to Art. 22(1) lit. c of Regulation 2016/1104 partners can elect the law of the state under whose law the registered partnership was created. Art. 22(1) of Regulation 2016/1104 also states that a choice of law by registered partners is only valid if the chosen legal system attaches property consequences to the institution of the registered partnership. As recital 44 sent. 2 of Regulation 2016/1104 points out, the rationale behind this rule is to protect the registered partners from a ‘legal vacuum’.

18. Some of the jurisdictions eligible under Arts. 22(1) of the Regulations coincide with the jurisdictions which govern the patrimonial relations in marriages and registered partnerships if the spouses or registered partners refrain from concluding a choice-of-law agreement. If, e.g., the spouses after entering marriage take up habitual residence in the same state, the application of this state’s law follows from Art. 26(1) lit. a of Regulation 2016/1103 without the need of a choice of law. Likewise, a registered partners’ choice according to Art. 22(1) lit. c of Regulation 2016/1104 of the law of the state under whose law the registered partnership was created may appear unnecessary in light of Art. 26(1) of Regulation 2016/1104 which designates the state under whose law the partnership was created as the objective connecting factor. Nevertheless, the choice of the law that would also be applicable in the absence of a choice under Arts. 26(1) of the Regulations can have the purpose of preventing the application of the escape clauses in Art. 26(3) of Regulation 2016/1103 and Art. 26(2) of Regulation 2016/1104 and thus enhance legal certainty with regard to the applicable law³⁵.

19. Furthermore, deviations of the jurisdictions eligible for choice of law from the law found through objective connecting factors can arise if the spouses or registered partners exercise their private autonomy at a later point in time during their marriage or partnership. The reason is that the objective connecting factors laid down in Arts. 26(1) of the Regulations consistently relate to the beginning of the marriage or registered partnership: the spouses’ first common habitual residence after the conclusion of the marriage, their common nationality at the time of the conclusion of the marriage, or the closest connection at the time of the conclusion of the marriage; the state under whose law the registered partnership was created. These objective factors are not dynamic but static. When the personal circumstances of the spouses and registered partners subsequently change, e.g. by relocation to another state or a change of citizenship, the applicable law objectively determined by Arts. 26(1) of the Regulations remains the same. Yet, new possibilities to exercise private autonomy may arise. In this situation, a choice of law may adapt the applicable law to the spouses’ or registered partners’ new situation.

2. Material and formal validity

20. The material validity and the formal validity of a choice-of-law agreement between spouses or partners are addressed in Arts. 23 and 24 of the Regulations. For material validity, Arts. 24 of the Regulations refer to the law which applies if the choice-of-law agreement is valid. In exceptional cases, a spouse or partner may refer to the law of his or her habitual residence to establish a lack of consent.

21. The minimum requirements for formal validity of choice-of-law agreements between spouses or partners are laid down in Arts. 23(1) of the Regulations. The agreement has to be made in writing,

³⁴ DUTTA, above, n. 3, p. 1977.

³⁵ DUTTA, above, n. 3, p. 1981. It is worth noting, however, that the escape clause of Art. 26(3) of Regulation 2016/1103 only allows to disregard the objective connection established in Art. 26(1) lit. a of Regulation 2016/1103, although the need for the application of a law with a closer relation to the facts of the case may likewise arise when the original objective connection was based on Art. 26(1) lit. b or c of Regulation 2016/1103 for they also relate to the beginning of the marriage; see HEIDERHOFF, above, n. 3, p. 6.

it has to be dated and signed by both partners or spouses. Additional formal requirements of the law of the spouses' or partners' state of habitual residence may be invoked by the conflict-of-laws rules of Arts. 23(2)-(4) of the Regulations. If this state's law has established formal requirements for matrimonial and partnership property agreements, the same requirements can also apply to the choice-of-law agreement. In consequence, the choice-of-law agreement may depend on the involvement of a notary or demand registration in the matrimonial or partnership property register³⁶. If the choice-of-law agreement is invalid for formal or material reasons, Arts. 26 of the Regulations determine the applicable law through objective connecting factors.

3. Temporal effects: prospective and retroactive choice of law

22. The temporal effects of a choice-of-law agreement are addressed in Arts. 22(2) of the Regulations. The provisions establish a rule of interpretation according to which, absent a spouses' or registered partners' contrary agreement, a choice of law has prospective effect only. It follows that the provisions address the choice of law at a point in time after the marriage or registered partnership were entered into because only then the question of the temporal effects of a choice-of-law agreement arises; a choice-of-law before or at the time of marriage or the creation of partnership inherently can have prospective effect only. When drafting Arts. 22(2) of the Regulations, the European legislator obviously primarily had couples in mind who at some point in their marriage or partnership change their personal circumstances in an aspect which is relevant for the Regulations, i.e. by changing their citizenship or, more frequently, relocating their habitual residence to another state. The mobility of couples within the area of freedom, security, and justice is referred to in the recitals as the major motive for the enactment of the Regulations³⁷. Dynamic couples should then be given the opportunity to adapt the law applicable to the patrimonial consequences of their marriage or partnership to their current personal circumstances.

23. The presumably unwanted upshot of a prospective choice of law, however, is that the current matrimonial regime or the regime governing the patrimonial relations in a registered partnership ends when the choice-of-law agreement takes effect. It should be recalled that a change of the applicable law can result in a change of the applicable default statutory regime³⁸. All national substantive family laws provide for rules which necessitate the dissolution and, as the case may be, liquidation of a regime that ceases to govern a marriage or partnership³⁹. If a marriage or partnership subsists, albeit under a different regime, liquidation typically will not lie in the spouses' and partners' interest and will be considered an undesirable complication.

24. The Regulations' recitals do not mention the often unwelcome consequences of a prospective choice-of-law agreement in this context but it can be presumed that these consequences were the legislative motive for enabling the spouses and partners to endow their choice of law with retroactive effect. The permissibility of a retroactive change of the applicable law is expressed indirectly in the rule of interpretation of Arts. 22(2) of the Regulations, which would be unnecessary if the parties could only change the applicable law for the future, and is also addressed in Arts. 22(3) and recitals 45/46 of the Regulations. Through a retroactive change, spouses and partners can avoid the temporal division of the law applicable to the patrimonial consequences of their marriage or partnership. Even though the marriage or partnership has been governed for a certain period of time by one substantive national law, the spouses' or partners' exercise of private autonomy therefore can not only set the course for the future

³⁶ For the formal requirements of pre- and postnuptial agreements under substantive national laws, see the answers on questions 193 f. in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 1151-1169.

³⁷ See recitals 1, 32, and 43 of Regulation 2016/1103 and recitals 1, 32, and 42 of Regulation 2016/1104.

³⁸ See above, para. 6.

³⁹ CEFL Principle 4:24 lit. c, pp. 175 f.; CEFL Principle 4:49 lit. c, pp. 308 f.; see also the answers to question 43, 78, 114, and 148 in BOELE-WOELKI/BRAAT/CURRY-SUMNER, *European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses*, 2009, above, n. 7, pp. 495-503, 687-699, 981-985.

but also modify the legal framework for the time already passed. A liquidation of the regime can thus be prevented.

IV. Protection of third parties

25. The flip-side of the advantages a retroactive choice of law has for the spouses and partners is the disadvantageous position which may result for third parties. The change of the applicable law, also with regard to the past, can lead to a retroactive change of the applicable default statutory regime governing the patrimonial consequences. In other cases, the category of the statutory regime will remain the same but the retroactively applicable law may nevertheless exhibit differences from the previously applicable law. In such circumstances, as illustrated above (II.), the change of the applicable rules can have detrimental effects on third parties who potentially lose rights which they held before the retroactive change occurred as a result of the formerly applicable regime. Indeed, it is entirely conceivable that spouses or partners agree on the retroactive change of the law applicable to the patrimonial consequences with the intention of improving their legal situation *vis-à-vis* a third party, although the more frequent (and legitimate) motive presumably is to avoid the otherwise necessary liquidation of the regime. Whatever the spouses' or partners' objective pursued with a retroactive change of the applicable law may be, the position of third parties merits consideration⁴⁰. To some extent, national substantive laws may offer protection to third parties in such situations, e.g. through the principles of *bona fide* purchase. The European legislator, however, apparently saw the need for a uniform minimum standard of protection. When examining the mechanisms employed by the Regulations to safeguard third party interests, two approaches have to be distinguished: the Regulations aim to protect third parties from the application of a law they could not have foreseen (1.) and from a potential loss of rights (2.).

1. Protection from the application of an unreckoned law

26. The headings of Arts. 28 of the Regulations read: "Effects in respect of third parties". According to Arts. 28(1) of the Regulations, the law applicable to the patrimonial consequences of a marriage or partnership may not be invoked by a spouse or partner against a third party in a dispute between the third party and either or both of the spouses or partners unless the third party knew or, in the exercise of due diligence, should have known of that law. As reflected by the requirement of the third party's knowledge or possible knowledge, the purpose of the provisions is to prevent the application of a law that the third party could not have expected. The quintessential scenario for the rule to apply therefore is a married or registered couple habitually residing in one state whereas the law applicable to the patrimonial consequences of their marriage or partnership is the law of a foreign state.

27. Arts. 28 of the Regulations are not restricted to the protection of third parties where spouses or partners have chosen the applicable law but likewise apply in cases of the determination of the applicable law by objective connecting factors pursuant to Arts. 26 of the Regulations. If according to Arts. 28(1) of the Regulations the applicable law cannot be invoked against the third party, Arts. 28(3) of the Regulations determine the law which applies instead: the law applicable to the transaction between a spouse or partner and the third party or the *lex rei sitae*⁴¹.

28. The requirement of the third party's actual or potential knowledge does not relate to the content of the applicable law but to the fact that this law applies. How this subjective requirement is to be construed, i.e. under which circumstances actual knowledge is or should be present in the exercise

⁴⁰ cf. recital 46 of Regulation 2016/1103 and recital 45 of Regulation 2016/1104. On third party interests in the international law of patrimonial consequences before the Regulations were passed D. MARTINY, "The Effects of Marital Property Agreements in Respect of Third Parties", in: A.-L. VERBEKE/J.M. SCHERPE/C. DECLERCK/T. HELMS/P. SENAEVE (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law: Liber Amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 903-927, 915-927.

⁴¹ On the order of precedence between the two substitute connections, see HEIDERHOFF, above, n. 3, p. 8.

of due diligence, has not been further specified in the Regulations and requires an autonomous interpretation⁴². The outcome of a substantial number of cases, however, will not depend on the understanding of this criterion: Arts. 28(2) of the Regulations establish legal fictions of the third party's knowledge in certain situations. Fictions, unlike rebuttable presumptions, do not assume a certain state of facts until the opposite is proven, they rather assume or create facts *ex lege*. Broadly speaking, the legal fictions set up in Arts. 28(2) of the Regulations apply if the transaction is closely connected to the applicable law or if the property regime governing the marriage or partnership has been registered under the law which is applicable to the transaction.

2. Protection from the loss of rights due to retroactive choice of law

29. More specifically addressed to the third party's protection in cases of a retroactive choice of law are Arts. 22(3) of the Regulations⁴³. According to the provisions, the retroactive change of the applicable law pursuant to Arts. 22(1) of the Regulations shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law. There are two possible ways in which the provisions' legal consequence could be understood. According to a conflict-of-laws interpretation, the law applicable before the retroactive change was made continues to apply in regard to the third party's rights. The result would be a division of the applicable law: generally, the subsequently chosen law governs the past, present, and future patrimonial consequences *inter partes*, i.e. between the spouses and partners, but regarding the specific issue of the third party's right the formerly applicable law still applies. A pure conflict-of-laws interpretation is also the prevailing construction of the similar in purpose Art. 3(2) sent. 2 Rome I Regulation⁴⁴, dealing with a subsequent choice of the law applicable to a contract and the effects on third parties⁴⁵. A further distinction in the applicable law would have to be drawn between adverse and beneficial effects of the choice of law for third parties, as Arts. 22(3) of the Regulations only aim to prevent that the third party is negatively affected. If the third party gains a right in consequence of the retroactive choice of law, the subsequently chosen law would apply in that regard. The wording of Arts. 22(3) of the Regulations, however, rather implies a substantive law understanding according to which rights vested in third parties are sustained despite the retroactive change of the applicable law⁴⁶. The coexistence of more than one applicable law hence can be avoided. Rights *in rem* which the subsequently chosen law does not know will be adapted according to Arts. 29 of the Regulations to the closest equivalent right.

30. In the application of Arts. 22(3) of the Regulations, courts will have to compare the legal position of a third party under the previously applicable regime to the party's situation under the subsequently chosen law. The provisions do not stipulate a general comparison of favourability. Rather, as the provisions' wording suggests, the third party's specific rights under both legal systems have to

⁴² cf. J. WEBER, "Sachenrecht und Verkehrsschutz aus der Perspektive der Europäischen Güterrechtsverordnungen", *Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ)* 2017, pp. 365-371, 370.

⁴³ A closely related rule also exists in Art. 26(3) sub-sec. 3 of Regulation 1103/2016 and Art. 26(2) sub-sec. 3 of Regulation 1104/2016. In the respective sub-secs. 1 of the provisions, we find escape clauses for the objective connection. The escape clauses allow the application of a law different from the one that applies according to the regular objective connecting factors. As mentioned above (para. 19), the objective connecting factors all relate to a point in time at or shortly after the conclusion of marriage or registered partnership, and these connections are static. Therefore, as the actually living conditions of a dynamic couple change, the formerly determined law may not fit the spouses' or partners' personal circumstances anymore, e.g. when they have relocated to a different country, lived there for decades, and even have obtained this state's nationality. Here, the escape clauses, if you will, can update the connection and determine that the patrimonial consequences of marriage or partnership are governed by a more suitable law. According to sub-secs. 2 of the provisions, the escape clauses determine the applicable law with retroactive effect unless a spouse or partner disagrees. Therefore, in its legal consequence, the application of the escape clauses is closely related to a retroactive choice of law and entails the same potentially detrimental effects for third parties. Art. 26(3) sub-sec. 3 of Regulation 1103/2016 and Art. 26(2) sub-sec. 3 of Regulation 1104/2016 therefore, similar in function to Arts. 22(3) of the Regulations, establish that third parties do not lose their rights in consequence of the application of the escape clause.

⁴⁴ Regulation (EC) 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJEU* L 177, 4 July 2008, pp. 6-16.

⁴⁵ P. MANKOWSKI, in: U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Volume II, Rome I Regulation*, Cologne, Otto Schmidt, 2017, Art. 3, paras. 340-343 with further references.

⁴⁶ WEBER, above, n. 42, p. 369.

be compared. All rights which the third party held under the formerly applicable law but not under the newly chosen law are sustained. It is submitted that ‘rights’ should be understood in a broad sense, encompassing all favourable legal positions for third parties in the context of the patrimonial consequences as described above (II.). Hereby included are rights in the law of obligations and in property law as well as rights relevant in enforcement proceedings.

31. This understanding of Arts. 22(3) of the Regulations is not shaken in a relevant way by the German language version of the provision either. Indeed, we here find the wording: “Eine rückwirkende Änderung des anzuwendenden Rechts nach Absatz 2 darf die Ansprüche Dritter, die sich aus diesem Recht ableiten, nicht beeinträchtigen.” The term *Ansprüche* translates to claims in the sense of the law of obligations; the conceptual dichotomy between proprietary rights and rights in the law of obligations (claims) traditionally is held in high esteem in German legal doctrine. Yet, the German language version of the provision obviously is an outlier. Similarly to the English version, the French text of Arts. 22(3) of the Regulations refers to *droits* whereas the Italian employs the word *diritti* and the Spanish uses *derechos*. It can be concluded that the diction of the German language version of Arts. 22(3) of the Regulations presumably is the result of a mistake in translation and the rule has to be reinterpreted to also include proprietary rights and not only claims in the law of obligations.

32. The application of Arts. 22(3) of the Regulations may further raise the question of how far a right has to be advanced to be covered by the provision. Is it enough that the foundation for the right’s creation has been laid or does the right have to be fully vested in the third party with all conditions for its creation entirely fulfilled? The Regulations’ recitals emphasize the need for the third party’s protection which could be in favour of a generous interpretation. Yet, legal certainty may require that rights have to be fully developed to be eligible for protection. In any case, the prospective inheritance shares of third parties depending on the patrimonial consequences of marriages and partnerships⁴⁷ clearly fall outside the provisions’ scope. Titles of inheritance are created only upon the deceased’s passing. Before the event of death, relatives merely have a precarious expectancy that cannot obtain protection by Arts. 22(3) of the Regulations.

V. Conclusion

33. The European Union has strengthened the choice-of-law options for spouses and partners with regard to the patrimonial consequences of marriages and registered partnerships. Moreover, the European legislator has allowed for a retroactive choice to be made. Changing the past, however, may come at the price of legal certainty, stability, and predictability. Expectations may be frustrated, even final and binding court decisions rendered under the formerly applicable law may be deprived subsequently of their legal basis. Changing the past may also come at the expense of third parties. Given the differences among the national substantive laws, third parties could lose rights vested in them under the previously applicable law. For this reason, the Regulations have introduced two layers of protection in favour of third parties. One to prevent the application of an unexpected substantive law, the other within the applicable substantive law against the loss of rights. Both layers of protection raise issues of interpretation which undoubtedly will cause litigation in the member states participating in the enhanced cooperation and which eventually will reach the European Court of Justice.

⁴⁷ See above, paras. 14 f.

SAVING SEED UNDER INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY TREATIES AND IRAQI PATENT LAW

LA REGULACIÓN DE LA RESERVA DE SEMILLAS PARA RESEMBRARLAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EN LA LEGISLACIÓN IRAQUÍ DE PATENTES

SAMAN ABDULRAHMAN ALI

Assistant lecturer at Charmo University

PhD Candidate at University of Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0002-9153-255X

Recibido: 04.12.2017 / Aceptado: 10.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4114>

Abstract: This study analyses legal position of saving seeds in internal and international levels, for example the TRIPS Agreement and the UPOV Convention of 1991. In this context the study attempts to compare and analyse the latest regulations of saving seeds in Iraq to previous amendments carried out by Coalition Provisional Authority (CPA) and previous Iraqi governments and to the TRIPS Agreement. The study finds out that the Law No. 15 of 2013 on Registration, Accreditation and Protection of Agricultural Varieties is an attempt to comply with the TRIPS Agreement by providing plant variety protection.

Keywords: Intellectual Property Law of Iraq, Saving Seeds, Plant Variety Protection, TRIPS Agreement, UPOV Convention of 1991.

Resumen: Este artículo analiza la regulación legal de la práctica de los agricultores consistente en conservar semillas de su propia producción para proceder a sembrarlas en el siguiente ciclo de cultivo. Se analiza la regulación en el ámbito nacional y en el internacional, incluyendo la contenida en el Acuerdo ADPIC y en el Convenio de la UPOV de 1991. En este contexto, el trabajo compara y analiza las últimas regulaciones al respecto en Irak (incluidas las modificaciones introducidas por la Autoridad Provisional de la Coalición Internacional y por el gobierno iraquí) con la regulación del Acuerdo ADPIC. El estudio concluye que la Ley Nº 15 de 2013 sobre Registro, Acreditación y Protección de Variedades Agrícolas es un intento de cumplir con el Acuerdo sobre los ADPIC al proporcionar protección de variedades vegetales.

Palabras clave: Legislación iraquí de propiedad intelectual e industrial, reserva de semillas, protección de variedades vegetales, Acuerdo sobre los ADPIC, Convenio de la UPOV de 1991.

Summary: I. Introduction. II. International treaties that regulate the protection of varieties and plants by means of industrial property rights. 1. The World Intellectual Property Organization. 2. International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture by Food and Agricultural Organization of the United Nations (Plant Treaty). 3. Convention on Biological Diversity (CBD). 4. The International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV Convention) (Act of 1991). A) Compulsory Exception. B) Optional Exception. 5. Saving Seeds under TRIPS Agreement. A) Article 27 (3) (b) of the TRIPS Agreement. B) Sui Generis System. III. Saving Seed under Intellectual Property Laws of Iraq. 1. Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers. 2. The Intellectual Property Legislations. A) The situation before the Coalition Invasion. B) The amendments of Order 81/26 of CPA. a) Novelty: b) Distinctness: c) Uniformity: d) Stability: C) The Law No. 15 of 2013. IV. Conclusion.

Introduction

1. Saving seed can be defined as ‘the practice of saving seed yield from one harvest for future crop use’. Also, the Brown Bag Sale has been explained as it ‘occurs when farmers purchase seed from seed companies, plant the seed in their own field, harvest the crop, and then sell the reproduced seed to other farmers for them to plant as crop-seed on their own farms’.¹ Traditionally farmers in both developed and developing countries replanted, exchanged or sold seed from previous year production. However, under the patent system farmers are not allowed to sell grown seed as its common especially in the developed countries that crops annual purchase is a rule. But this practice still rare in the developing countries, instead of informal reuse, exchange or sell is a normal practice.²

2. There are some international treaties and organizations that govern the patents of plants and seeds. The important ones are The International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (hereinafter the “UPOV Convention”) (Act of 1991), The World Trade Organization’s Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter the “TRIPS Agreement”) (1995), The World Intellectual Property Organization (hereinafter the “WIPO”), International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture by Food and Agricultural Organization of the United Nations (hereinafter the “Plant Treaty”) (2001),³ and The Convention on Biological Diversity (hereinafter the “CBD”). Out of these international treaties, Iraq is a member of WIPO,⁴ and most recently on accessed and became one of the contracting parties of the Treaty on 27 November 2017.⁵ and is currently in the process of conceding TRIPS Agreement as well. The process of accession of Iraq to the TRIPS Agreement first initiated on 13 December 2004 and the working party met again for the second time in April 2008.⁶

3. Iraqi patent law is still in the process of evolution and not finalized yet. The first patent law in The Republic of Iraq was passed under the title of (The Patent Law and Industrial Design) Law No. 65 of 1970, which subsequently undergone many amendments. The first amendment was by Law No. 28 of 1999 and the second amendment implemented by Law No. 5 of 2002. However, after the invasion of Iraq by United States of America and Coalition partners, the Coalition Provisional Authority (hereinafter the “CPA”) under the ruler of Paul Bremer rewrote some of the laws of Iraq especially in the areas related to trade in general including the patent law. The CPA introduced the Order 81/26 on April 2004 under the title of (Patents, industrial design, undisclosed information, integrated circuits and plant variety Law).⁷ Then, this title became the new amended title to the Law No. 65 of 1970 (The Patent Law and Industrial Design) and introduced 22 amendments to the patent section. Order 81/26 also made some amendments in regard to plant variety by adding chapter Threequarter of Protection of New Plant Varieties which consists of 28 Articles. However, the Law No. 65 of 1970 amended in 2013 and chapter Threequarter removed entirely and was replaced by a new law under the name of Law No. 15 of 2013 on Registration, Accreditation and Protection of Agricultural Varieties.⁸ The study will examine amendments in intellectual property laws of Iraq on saving seeds and whether they are compatible with international treaties or there are further steps necessary to take.

¹ K.T. CROSBY, ‘The United States and Iraq: Plant Patent Protection and Saving Seed’, *Washington University Global Studies Law Review*, 9.3 (2010), 511–34 (p. 511).

² *Commission on Intellectual Property Rights Final Report, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy* (London, September 2002), p. 58 <http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm> [accessed 21 September 2017].

³ K.T. CROSBY, pp. 514–22.

⁴ ‘Information by Country: Iraq’ <http://www.wipo.int/members/en/details.jsp?country_id=81> [accessed 31 July 2017].

⁵ ‘International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Official List of Contracting Parties Elaborated by the Legal Office of FAO’ <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/033s-e.pdf> [accessed 13 November 2017].

⁶ ‘WTO | Accession Status: Iraq’ <https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_iraq_e.htm#status> [accessed 26 July 2017].

⁷ English version can be accessed through ‘Order No. 81 Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits And Plant Variety Law.’ <http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=181090> [accessed 26 July 2017].

⁸ ‘Law No. 15 of 2013 on Registration, Accreditation and Protection of Agricultural Varieties’ <http://www.iraq-ig-law.org/ar/webfm_send/1447> [accessed 8 October 2017].

II. International treaties that regulate the protection of varieties and plants by means of industrial property rights

1. The World Intellectual Property Organization

4. WIPO as an international organization always tried to create an international patent system and to provide some minimum protection standards. However, as an agent of United Nations, the influence of developing countries on WIPO has been great. The developing countries were continuously tried to increase the standard of transfer of technology in one hand, but when it comes to the scope of patentable subject matters, WIPO has not been favoured for the inclusion of plant varieties.⁹ The Paris Convention in which Iraq is a member country does not have any provision regarding the plant varieties.¹⁰ However, in Patent Law Treaty,¹¹ which was passed by WIPO ‘with the aim of harmonizing and streamlining formal procedures with respect to national and regional patent applications and patents and making such procedures more user friendly’,¹² Article 3 (1) (a) states that the provisions of Patent Law Treaty ‘shall apply to national and regional applications for patents for invention and for patents of addition’. In the Explanatory Notes on The Patent Law Treaty and Regulations Under The Patent Law Treaty, which are prepared by the International Bureau of the WIPO stated that if a plant is the result of a genetic engineering, then application for patents of such plants are allowed under the Patent Treaty Law.¹³ Even though Iraq is a member state of WIPO, but Iraq is not a contracting party to the Patent Treaty Law,¹⁴ therefore, not bound by the provisions of the Patent Treaty Law.

2. International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture by Food and Agricultural Organization of the United Nations (Plant Treaty)

5. The origin of the Plant Treaty goes back to the voluntary International Undertaking on the Plant Genetic Resources adopted by the Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture in 1983. The international Undertaking’s objective was to ‘make plant genetic resources available for plant breeding, recognizing that they were a “heritage of mankind” and available to all’.¹⁵ Later on in 1996 the Global Plan of Action at the Leipzig International Technical Conference on Plant Genetic Resources adopted. All these works then adopted by the Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture in 2001 as a legally binding international treaty and entered into force on 29 June 2004.¹⁶ The objectives of the Plant Treaty as stated in Article 1 are ‘the conservation and sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of their use’. Farmers’ rights were considered key element during the adoption in 2001 of the Plant Treaty and entering into force of the Treaty in 2004.¹⁷ Article 9 of the Plant Treaty dedicated to the Farmers’ Rights and recognizes and justifies the rights that farmers have due to the ‘enormous contribution that the local and indigenous communities and farmers of all regions of the world, particularly those in the centres of origin and crop diversity, have made and will continue to make for the conservation and development of plant genetic resources which constitute the basis of food and agriculture production throughout the

⁹ D.S. TILFORD, ‘Saving the Blueprints: The International Legal Regime for Plant Resources’, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 30 (1998), 373 (pp. 405–6).

¹⁰ *Implications of the Trips Agreement on Treaties Administered by WIPO*, ed. by Organización Mundial da Propiedade Intelectual (Xenebra) (Genève: WIPO, 1997), p. 48.

¹¹ ‘Patent Law Treaty’ <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12642>> [accessed 31 July 2017].

¹² ‘Patent Law Treaty (PLT)’ <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/plt/>> [accessed 31 July 2017].

¹³ ‘Explanatory Notes on The Patent Law Treaty And Regulations Under The Patent Law Treaty’, para. 3.03 <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/plt/pdf/plt_notes_pubxex.pdf> [accessed 31 July 2017].

¹⁴ ‘Patent Law Treaty (Geneva, 2000) Contracting Party Status on July 15, 2017’ <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/plt.pdf>> [accessed 31 July 2017].

¹⁵ C. LAWSON, ‘Implementing Farmers’ Rights: Finding Meaning and Purpose for the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture Commitments?’, *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 37.7 (2015), 442-54 (p. 443).

¹⁶ ‘Overview | International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture | Food and Agriculture Organization of the United Nations’ <<http://www.fao.org/plant-treaty/overview/en/>> [accessed 13 November 2017].

¹⁷ C. LAWSON, p. 442.

world.¹⁸ The Plant Treaty further stated that nothing in Article 9 under Farmers' Rights shall be interpreted in such a way as to limit the farmers' rights to save, use, exchange and sell farm-saved/propagating materials.¹⁹ It is clear that the Treaty doesn't want any contracting party to limit the farmers' rights which help and develop plant genetic resources as a production basis of foods and agriculture. However, it has to be taken into account that FAO does not address all the rights of the farmers, for example the rights of those farmers in regard of those plant varieties commercialised from their farm germ plasm.²⁰ The Plant Treaty also does not provide for intellectual property rights.²¹ Currently Iraq is one of the contracting parties as accessed the Treaty on 29 August 2014 and entered into force on 27 November 2014.²² The entry into force of the Treaty is one year after the last amendment of the Law No. 65 of 1970 in 2013 and enacting Law No. 15 of 2013 on Registration, Accreditation and Protection of Agricultural Varieties.

6. However, as stated in the preamble of the Plant Treaty that 'Affirming that nothing in this Treaty shall be interpreted as implying in any way a change in the rights and obligations of the Contracting Parties under other international agreements; Understanding that the above recital is not intended to create a hierarchy between this Treaty and other international agreements'. The language of the preamble is clear enough that contracting parties cannot escape any obligations they have under other international agreements, even though they have joined them later than the Plant Treaty.²³ This means that even if Iraq in the future will join the TRIPS Agreement, yet it still has to comply with the high standard of intellectual property rights that the TRIPS Agreement provided for, especially in the area of patent and breeders' rights, even though Iraq is one of the contracting parties of the Pant Treaty.

3. Convention on Biological Diversity (CBD)

7. The United Nations Environment Programme (hereinafter "UNEP") responded to the wide spread acknowledgment of importance of biological diversity to present and future generations, and to threats to species and ecosystems caused by human activities, by establishing some Ad Hoc Working Groups that started from 1988 to 1991, and by 1992 they agreed on the final version of the text which they have provided and the CBD came into existence. The Ad Hoc Working Group while discussing the creation of a legal text, they had to take into consideration 'the need to share costs and benefits between developed and developing countries as well as ways and means to support innovation by local people.'²⁴ The CBD is an attempt for creating an international regulation for the purpose of conservation and utilization of biological resources. The CBD recognizing that the genetic resources and crop diversities are centred in less developed countries. However, the language of the CBD is considered vague language because the CBD tried to satisfy the needs of all. For that reason, the CBD contains provisions for the protection of Intellectual Property rights, transfer of technology, and accesses to genetic resources and results and benefits that arise from biotechnologies, which should all be based on mutually greed terms by both developed and developing countries. These are the outcome of the political deal that brought the CBD into existence.²⁵

8. Genetic resources are defined as 'genetic materials of actual or potential value' which refers to any 'any material of plant, animal, microbiological or other origin containing functional units if he-

¹⁸ *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, 2004, Article 9.1 <<http://www.fao.org/3/a-i0510e.pdf>> [accessed 14 November 2017].

¹⁹ *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Article 9.3.

²⁰ M. BLAKENEY, 'Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights', *European Intellectual Property Review (EIPR)*, 24.1 (2002), 9-19 (p. 12).

²¹ N.P. DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patents and Test Data*, Fourth edition (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014), p. 353.

²² 'International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Official List of Contracting Parties Elaborated by the Legal Office of FAO'.

²³ C. LAWSON, p. 447.

²⁴ 'History of the Convention on Biological Diversity, Introduction' <<https://www.cbd.int/history/>> [accessed 18 November 2017].

²⁵ M. BLAKENEY, p. 14.

redity' as defined by Article 2 of the CBD. Therefore, seeds, cuttings and even DNA of the plants are all covered within the scope of the CBD. In principle the CBD is a convention mainly concerned with the farmers' rights. Hence many developing countries tried to incorporate as many provisions as possible into the TRIPS Agreement. Because TRIPS Agreement is part of the package of WTO and any country (whether it is a developed or less developed) wishes to join the WTO has to incorporate the TRIPS Agreement and comply with all its provisions. As some developed countries like the United States of America not ratified the CBD. The important provisions of the CBD that of the farmers' rights inserted into the TRIPS Agreement are only those apparent in Article 27 of the TRIPS Agreement which is related to patents and in particular Article 27 (3) which every member country has to provide some sort of protection of plant varieties whether through a patent or sui generis system or both.²⁶ Enforcement of other provisions of the CBD through the TRIPS Agreement is opposed by some developed countries such as United States of America, Japan and Switzerland.²⁷

9. Iraq has acceded to the CBD in 2009.²⁸ However, implementation of the CBD has considered by some policy makers and members of civil society to cause some conflicts with implementation of the TRIPS Agreement when in future Iraq becomes party to the TRIPS Agreement. According to them in the TRIPS Agreement interest of private commerce is placed above the interest of public and reduced other objectives of public policy.²⁹ On the contrary to that opinion some others are of the belief that contracting parties can implement both of the CBD and TRIPS Agreement without any conflict and in fact it is what expected from them to do. Since this is the normal principle of international law that countries are members of different bilateral and multilateral agreements and they are in fact implementing all these agreements in the same time, in a manner that does not cause any conflict and they considered to perform their obligations.³⁰

4. The International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV Convention) (Act of 1991)

10. The UPOV Convention was first drafted in 1961 and came into force in 1968 when the United Kingdom, the Netherlands and Germany, as first countries ratified the UPOV Convention. The UPOV Convention has undergone three revisions in 1972, 1978 and 1991.³¹ These revisions were not in favour of seed users and farmers, but were in favour of the corporate breeders. Initially the UPOV Convention of 1991 had limited members, but after the TRIPS Agreement obliged that every member country should have an intellectual property rights for the protection of plant varieties, and also through the trade agreements between some developed and non-industrial less developed countries, members of the UPOV Convention has increased.³²

11. The UPOV Convention is considered as a sui generis form of intellectual property protection³³ that includes the rights of plant breeders and intellectual property rights of plant varieties.³⁴

²⁶ M. BLAKENEY, pp. 14–15.

²⁷ *Resource Book on TRIPS and Development*, ed. by United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development (Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2005), p. 398.

²⁸ 'Convention on Biological Diversity, Iraq - Country Profiles' <<https://www.cbd.int/countries/default.shtml?country=iq>> [accessed 21 November 2017].

²⁹ United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, pp. 404–5.

³⁰ N.P. DE CARVALHO, p. 350.

³¹ 'UPOV Lex' <http://www.upov.int/upovlex/en/upov_convention.html> [accessed 21 November 2017].

³² 'GRAIN – UPOV 91 and Other Seed Laws: A Basic Primer on How Companies Intend to Control and Monopolise Seeds', 2015, p. 4 <<https://www.grain.org/article/entries/5314-upov-91-and-other-seed-laws-a-basic-primer-on-how-companies-intend-to-control-and-monopolise-seeds>> [accessed 21 November 2017].

³³ R. JORDENS, 'Progress of Plant Variety Protection Based on the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV Convention)', *World Patent Information*, 27.3 (2005), 232–43 (p. 232).

³⁴ P. BRAHMI AND V. CHAUDHARY, 'Protection of Plant Varieties: Systems across Countries', *Plant Genetic Resources*, 9.3 (2011), 392–403 (p. 392).

Even though Article 27 (3) (b) of the TRIPS Agreement only mentioned the word ‘sui generis’ without anything about the UPOV Convention, however majority member countries of the TRIPS Agreement, while implementing the requirement of having intellectual property protection of plant varieties, they incorporate the UPOV Convention into their legal system.³⁵

12. Although the rights of the farmers and seed savers after every revision of the UPOV Convention were narrowed and the rights of the corporate breeders strengthened further.³⁶ After every revision, duration of protection increased as well. In the previous Act of 1978 the duration of protection was 18 for trees and vines, and 15 for other plants. However, in the current UPOV Convention of 1991 the minimum duration of protection as stated in Article 19 is 25 years for trees and vines, and 20 years for other plants from the date of granting protection. However, the UPOV Convention of 1991 provides for some exceptions to the Breeder’s right, which some of them categorised as compulsory exceptions under Article 15 (1) and the other as optional exception which provided in Article 15 (2) of Act 1991 of the UPOV Convention. The optional exception is new and allows farmers to save seeds under certain conditions in such a way that interest of the breeder is not undermined.³⁷

a) Compulsory Exception

13. Article 15 (1) of the UPOV Convention of 1991 provided some compulsory exception and the first of such exceptions is ‘acts done privately and for non-commercial purposes.’ This means that the act has to be done for private purposes and at the same time for non-commercial purposes. If one of these two elements is not available the exception does not apply. For example, if seeds of protected variety are saved by a farmer in his own farm but used for commercial purposes, then the exception does not apply and authorisation from the breeder is required. However, if the same seeds are to be used in his own gardens without sharing them with others or the farmer use the production of the protected seeds only for consumption by himself, his families and those dependents on him for living such as subsistence farming, then these acts will fall within the scope of Article 15 (1) (i) in which breeder’s authorisation is not required.³⁸

14. The second compulsory exception is provided for under Article 15 (1) (ii) are ‘acts done for experimental purposes’. This simply includes all acts done by any one for the experimental purposes, and it’s called ‘research exemption’³⁹. The third and last compulsory exceptions to the breeder’s right is ‘acts done for the purpose of breeding other varieties’ unless it is ‘essentially derived from the protected varieties, not clearly distinguishable from the protected variety or its production requires the repeated use of the protected variety’, as stated in Article 14(5). The second part of the third compulsory exception is ‘acts referred to in Article 14 (1) to (4) in respect of such other varieties’, which they are (multiplication, conditioning, offering, marketing, etc). The third compulsory exception also called ‘breeder’s exemption’.⁴⁰

b) Optional Exception

15. The UPOV Convention of 1991 named Article 15 (2) an optional exception, and also the text of the provision with the phrase of ‘each Contracting Party may’ clearly suggests that it is an optional

³⁵ R. JORDENS, p. 239.

³⁶ ‘GRAIN – UPOV 91 and Other Seed Laws: A Basic Primer on How Companies Intend to Control and Monopolise Seeds’, p. 4.

³⁷ R. JORDENS, p. 235.

³⁸ *Explanatory Notes on Exceptions to The Breeder’s Right Under the 1991 Act of the UPOV Convention*, 22 October 2009, p. 5 <http://www.upov.int/edocs/expndocs/en/upov_exn_exc.pdf> [accessed 21 November 2017].

³⁹ D.J. JEFFERSON, A.B. CAMACHO, AND C.L. CHI-HAM, ‘Towards a Balanced Regime of Intellectual Property Rights for Agricultural Innovations’, *Journal of Intellectual Property Rights*, 19 (2014), 395-403 (p. 398).

⁴⁰ M. THIELE-WITTIG AND P. CLAUS, ‘Plant Variety protection - A Fascinating Subject’, *World Patent Information*, 25.3 (2003), 243–50 (p. 246); *Explanatory Notes on Exceptions to The Breeder’s Right Under the 1991 Act of the UPOV Convention*, p. 6. and implementation of, plant variety protection under Union pour la protection des obtentions végétales (UPOV

provision. Therefore, the contracting parties have choice to implement it or not, and if decided to adopt the optional exception, then farmers are allowed to use the product (seed) of their harvest for propagating purposes. However, the product has to be obtained by planting on their own holding (Article 15 (2)). The Diplomatic Conference of 1991 of the UPOV Convention limited the saving seed practice to those seeds that only considered as a common practice on the land of the Contracting Party. In the Diplomatic Conference was of the opinion that this provision cannot be presented as a ‘farmer’s privilege’ and cannot be extended to areas of agricultural or horticultural production in which replanting saving seeds are not common practice. This means that other areas in which the production of the harvest is not used for replanting as a common practice such as production of fruits, ornamentals and vegetables, cannot be covered by the optional exception of the UPOV Convention.⁴¹

16. The phrase of ‘within reasonable limits and subject to the safeguard of the legitimate interests of the breeder’ is a requirement that all member countries have to take into consideration while implementing the optional exception. Even though inclusion of the optional exception into the UPOV Convention of 1991 is recognition of saving seed practice by some countries, but the process has to be applied on a crop by crop basis according to the member country in such a way that does not prejudice the legitimate interests of the breeder and does not weaken the objectives and incentives that provided by the UPOV Convention.⁴² The purpose of all these exceptions in general is creating a balance between rewarding innovations in plant varieties and use of these protected innovations for benefits of society as a whole.⁴³ This will certainly depend on each member state individually and during implementing this provision the concerned member state has to consider all relevant factors in order to arrive to such balanced legislation of plant variety protection. Iraq currently is not one of the Members of UPOV, however when expressed an interest of becoming Member of UPOV and participate in the sessions of the Council, Iraq accepted by the Office of the Union to be an observer of the Council of the UPOV.⁴⁴

5. Saving Seeds under TRIPS Agreement

17. TRIPS Agreement is considered unique in nature as it includes minimum standard of patentable objects. Before TRIPS Agreement patent principles regulated by Paris Convention, as it allowed states liberally to exclude from patentability. Article 27 of the TRIPS Agreement is considered one important Articles of the TRIPS Agreement as it regulates the patent. The subject of patent is a commercial subject and highly affecting the livelihood of all the members and in particular the less developed countries. In general, Article 27 of the agreement requires the Member countries to grant patent if the conditions of paragraph 1 met and not lawfully excluded from patentability according to paragraphs 2 and 3 of Article 27. Even though Article 27 should provide for minimum standard of protection rights but paragraph 1 stated that ‘patents shall be available for any inventions, whether products or processes’, which is considered as a very high standard of protection. This part of paragraph 1 directed to the developing countries as it was practice of many of them to exclude patentability of many areas though the general conditions of being ‘new, involve an inventive step and are capable of industrial application’ were available. Therefore, developing countries should provide for patents for all the areas unless it’s provided for exclusions under paragraphs of 2 and 3.⁴⁵

18. The generality of Article 27 (1) of the TRIPS Agreement caused some disagreement among member countries. One of the controversial areas that includes in Article 27 (1) is biotechnology related

⁴¹ *Explanatory Notes on Exceptions to The Breeder’s Right Under the 1991 Act of the UPOV Convention*, pp. 8–9.

⁴² R. JÖRDENS AND P. BUTTON, ‘Effective System of Plant Variety Protection in Responding to Challenges of a Changing World: UPOV Perspective’, *Journal of Intellectual Property Rights*, 16 (2011), 74–83 (p. 77).

⁴³ D.J. JEFFERSON, A.B. CAMACHO, AND C.L. CHI-HAM, p. 398.

⁴⁴ ‘UPOV Observers’ <<http://www.upov.int/members/en/observers.html>> [accessed 25 November 2017]; ‘Rules Governing the Granting of Observer Status to States, Intergovernmental Organizations and International Non-Governmental Organizations in UPOV Bodies’ <http://www.upov.int/edocs/infdocs/en/upov_inf_19.pdf> [accessed 25 November 2017].

⁴⁵ P.T. STOLL, J. BUSCHE, AND K. AREND, *WTO: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (BRILL, 2009), p. 470 - 471.

inventions. TRIPS Agreement does not provide any rules to regulate biotechnology related inventions. However, Article 27 (3) (b) which is an exception clause stated that the members are allowed to exclude from patentability plants and animals. Also, Article 27 (2) provides for very general exceptions on the ground of ordre public and morality, which can be relied on in cases where members could not avoid patentability on bases of Article 27 (3).⁴⁶

A) Article 27 (3) (b) of the TRIPS Agreement

19. The provision of Article 27 (3) (b) is a complex provision and it reflects the position of most of the developing countries and some developed countries as well. The developing countries during the time of Uruguay Round (during the negotiation of the TRIPS Agreement) were not experienced enough to evaluate any provisions related to the field of biotechnology. Furthermore, some developed countries such as Canada was reluctant to submit to full patentability according to Article 27 (3) (b), as there was a debate at national level whether to accept the patentability of higher life forms. Therefore, during the Uruguay Round Canada was reluctant to accept the patentability of higher life forms in Article 27 (3) (b).⁴⁷ Since the TRIPS Agreement has come into existence the differences among developed countries reduced but not eliminated as to what should be patented and excluded from patentability. In the United States of America plant varieties and animal races are subject to protection while in Europe they are not.⁴⁸ The origin of patentability of living things is relatively new in developed countries, as it traces back to 1930s in the United States of America and as for the plant varieties and breeders' rights it started to exist in second half of the twentieth century.⁴⁹

20. Article 27 (3) (b) allows the patentability of micro-organism, micro-biological processes for the production of plants and animals, and non-biological processes for the productions of plants and animals. However, members are allowed to exclude from patentability 'whole animal (including, obviously, human beings), animal varieties and parts of animals (including parts of human beings); whole plants and plant varieties (provided an alternative system of protection is provided) and parts of plants; and essentially biological process.'⁵⁰ Article 27 (3) (b) gives some flexibilities for protection of plant varieties, however, the provision enforces the member countries to provide some form of protection through patent or any form of sui generis. This causes problems to the developing countries as most of them never have any form of protection to the plant varieties and this caused concern for them as any form of protection will have huge impact on their farming practices especially in the area of seed saving and exchanging, genetic diversity and food security. For that reason, during the negotiations most of the developing countries backed up by European Community countries rejected the proposal forwarded by the United States, Japan, the Nordic countries and Switzerland. They proposed that plants and living organisms to be widely covered and protected by patent.⁵¹

21. A question may arise here: what is Plant variety? Since the TRIPS Agreement does not provide a definition for it. However, in order to understand what Plant Variety is one can look at other conventions such as the UPOV convention and also more clear definition can be found in a ruling of European Patent Office in 1995 of (*Greenpeace v Plant Genetic Systems NV*) by refereeing to the UPOV Convention as well. The Technical Board of Appeal of the European Patent Office in the Reasons for the Decision stated that plant varieties as a concept refers to:

⁴⁶ P.T. STOLL, J. BUSCHE, AND K. AREND, pp. 481–82.

⁴⁷ N.P. DE CARVALHO, p. 322.

⁴⁸ United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, p. 388.

⁴⁹ *Commission on Intellectual Property Rights Final Report, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, p. 58.

⁵⁰ N.P. DE CARVALHO, p. 323.

⁵¹ United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, p. 390-391.

‘any plant grouping within a single botanical taxon of the lowest-known rank which, irrespective of whether it would be eligible for protection under the UPOV Convention, is characterised by at least one single transmissible characteristic distinguishing it from other plant groupings and which is sufficiently homogeneous and stable in its relevant characteristics’⁵²

22. Even though Article 27 (3) (b) permits member countries to exclude from patentability plant varieties including hybrids, plant cells, seeds and other plant materials, but they should provide some type of protection through patents, sui generis or a combination of both. Under this provision it is stated that the sui generis has to be an effective sui generis in protecting the plant varieties, therefore the content and scope of the system is left to the discretion of the member countries to choose. Again, this flexibility and choice is due to the disagreement among the industrialized countries, as in USA, Japan and Australia patenting of plant varieties were allowed but this is not the case in Europe.⁵³

B) Sui Generis System

23. The system of sui generis for protecting the plant varieties is not new. During 1920s and 1930s some countries introduced a protection system different from patent protection for the purpose of breeders’ rights and called it sui generis system. Breeders’ rights also rely on features such as new, distinct, uniform and stable in order to protect the plant varieties. Under the breeders’ rights the specific and existing plant variety will be protected and allows the farmers to re-use the seeds obtained by their own and the protected variety can be used in extra breeding without permission from the title holder and this called the (Breeders’ exemption). The sui generis system spread around world and adopted by many countries especially when the UPOV Convention adopted during 1960s.⁵⁴ The UPOV Convention described as an inbuilt balance which not only allows farmers to save seeds for future uses, but farmers allowed to use new varieties a couple of times on his own farm for the purpose of multiplication. The UPOV Convention is very useful for the researchers as it allows the protected varieties to be used for new selections.⁵⁵ Article 15 (1) (ii) of the UPOV Convention of 1991 is dedicated for one of the compulsory exceptions to the Breeder’s Right, in which stated that breeder’s right shall not extend to ‘acts done for experimental purposes’.

24. Although the developed countries possess most of the industrial technologies in the area of biotechnology, the vast majority of the biodiversity exists in the developing countries, which can be considered as the source of current developments. However, only the developing countries mostly affected (negatively) by the strong patent system. Usually developing countries’ fears arise when the patent or any intellectual property right system prevent small scale and medium scale farmers and breeders from re-using the saved seeds as their traditional practice in developing countries. Also relying on small numbers of protected seeds may eliminate the varieties of existing seeds and affect the biodiversity of the land. Patenting some types of genes and plant varieties that are necessary for surviving some developing countries, reduce the chances of further research and breeding when necessity required doing so.⁵⁶

⁵² European Patent Office, ‘T 0356/93 (Plant Cells) of 21.2.1995’, para. 23 <<https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t930356ex1.html>> [accessed 3 October 2017].

⁵³ United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, p. 392-394.

⁵⁴ United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, pp. 394-95.

⁵⁵ K. DOGBEVI, *The Sui Generis System of Plant Variety Protection Under the TRIPS Agreement: An Empty Promise for Developing Countries* (Rochester, NY: Social Science Research Network, 1 April 2017), p. 30 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2961801>> [accessed 18 September 2017].

⁵⁶ United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, and UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, p. 410.

II. Saving Seed under Intellectual Property Laws of Iraq

1. Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers

25. The Iraqi government recognized the importance of seed to the country since 1927, the year in which legislation was passed by in order to enhance the production of cotton through improved seed. The latest attempt by Saddam's Regime was in 1995 when National Seed Board (hereinafter 'NSB') was established and chaired by the Ministry of Agriculture. Under the NSB many research centres established for the purpose of seed production and supply among others.⁵⁷ The current governing system which is considered a democratic system of government tries its best to align its laws with international laws. Therefore it has passed some laws such as Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers, which is a new attempt to organize and encourage seed production in both public and private sectors.⁵⁸ Under this law, section 2 states the aims of the Law and in subsection two states that the second aim of this law is to 'guarantee the registration, accreditation and protection of new agricultural varieties that bred by researcher of Republic of Iraq, including those varieties that previously registered and accredited, and to provide enough quantities to be given to farmers in suitable times, prices and locations, and to ensure special procedures to authenticate the seeds and related matters'. The Law guarantees the registration, accreditation and protection of new agricultural varieties bred by Iraqi researchers including those varieties that previously registered and accredited. Section 2 of the Law states the aim of the Law which primarily emphasizes on the varieties and seeds bred by Iraqi researchers and breeders without reference to varieties propagated outside Iraq as stated in Section 2.

26. However, chapter five of the Law deals with Trade of Seeds and Seed Tubers, consists of sections of 18 to 30, regulate trade and exchange of seeds and seed tubers that are produced, imported or exported. These sections give rights to producers, importers and exporters of seeds and seed tubers to apply for licence to produce, import or export seeds and seed tubers. This clearly gives rights of foreign and outside seeds and seed tubers to be registered, accredited and protected by Iraqi government. In the final step, the National Seed Board after getting recommendation from the competent authority⁵⁹ will grant approval to licence, and can be renewed every three years.⁶⁰ This shows that this law encourages exchange of seeds and seed tubers and allow introducing foreign seeds into Iraqi market, without stating the protection duration. However, there are some conditions that have to be met before granting the licence of importing and releasing foreign seeds into Iraq. Section 18 The Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers, states that application has to be made to the competent authority to get a licence, and sample has to be submitted for lab inspection before NSB grants permission. There is a book guidance of official varieties that all accredited and registered varieties recorded in order to be qualified to the program of seed authentication (verification).⁶¹ The importer and imported foreign seeds and seed tubers has to comply with the conditions stated by the law No. 50 of 2012. For example, the importer should have a valid licence in order to import. The type, varieties and country of origin has to be fixed on the licence or permission papers that issued from official authority that recognized by the competent authority. The importer has to notify the NSB on any genetic alteration and the nature of the alteration. The imported seeds and seed tubers should have been tested by the International Seed Testing Association (hereinafter the 'ISTA') or other international testing rules that verify the seeds authentication according to the laws of the country of origin, however, the system of authentication of the country of origin has been recognized by the Ministry (Ministry of Agriculture).⁶² Also, the imported seeds and seed tubers have to be

⁵⁷ A.I. ABBAS, *Focus on Seed Programs The Seed Industry in Iraq* (WANA Seed Network, 2001), pp. 2-3 <<https://www.seedquest.com/statistics/pdf/Iraq2001.pdf>> [accessed 7 October 2017].

⁵⁸ Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers, sec. 2 (1) <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/irq145545.pdf>> [accessed 8 October 2017].

⁵⁹ The Competent Authority is defined by sec. 1 (14) of the Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers, as General Commission for Seed Inspection and Authentication.

⁶⁰ 'Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers', sec. 20 (1).

⁶¹ 'Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers', sec. 8.

⁶² 'Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers', sec. 1 (1).

from varieties available and relied on in Iraq. Even though the Minister of Agriculture has authority in emergency situations and on suggestion by the NSB to allow the importation of limited seeds for limited period from varieties that are not relied nor accredited in Iraq but has been accredited in the country of origin with the condition that has similar agricultural environment to Iraq. If these conditions are not met the imported seeds and seed tubers have to be returned or destroyed, with exception to small quantities that can be kept for research purposes.⁶³

27. The Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers regulate and encourage trades of local and foreign seeds. However, it does not protect the seeds and seed varieties in the sense of intellectual property protections that exist within patents and other sui generis systems. Therefore, it cannot be considered as an active sui generis system that required by Article 27 (3) (b) of the TRIPS agreement.

2. The Intellectual Property Legislations

A) The situation before the Coalition Invasion

28. According to the document published by the FAO in 2015, Iraq as a whole is going through series of political, infrastructural and economic crises. These crises affected many areas of Iraqis' livelihoods including the agricultural sector and food production. After the 2003 invasion, FAO realised the disasters that happened to Iraq's bank seed, therefore started helping government in rebuilding seed industry.⁶⁴ Focusing on Iraq's agriculture is essential for the Iraqi people as it is one thing that they can always rely on in this uncertainty of the political future of the country. Flourishing the agricultural sector will always be a good answer to address the food security.⁶⁵

29. Historically, Iraq is considered as a land of agriculture by virtue of the rivers of Tigris and Euphrates and their tributaries. This fertile soil made Iraq cradle land of some of the oldest great civilizations, and 'Iraq is an important primary and secondary centre of domestication for many crops such as wheat, barley, lentil, chickpea and medic... Cereal production occupies about 95% of the arable land.'⁶⁶ However, the original un-amended Patent Law which was introduced in 1970 (Law No. 65 of 1970) did not contain any rules to regulate the plant varieties. To illustrate that, section 3 of this law was allocated to subject matters or areas which cannot be patented did not contain any regulations in regard to livings whether animals, plants or anything related to them. This shows that before the invasion of Iraq, the Iraqi Government did not want to patent any living matters or process in this regard. Even after the 2003 invasion when Order 81/26 of 2004 was introduced by the CPA (which amended the first Patent law of 1970), yet section 3 does not contain any regulation in this regard. However, the Order 81/26 inserted a new chapter for protecting the plant varieties. After the invasion ended and after a few set of elections, the new parliament and the new government decided that the chapter for plant varieties protection should be repealed and replaced by a new Law No. 15 of 2013 on Registration, Accreditation and Protection of Agricultural Varieties.

B) The amendments of Order 81/26 of CPA

30. CPA took upon itself the responsibilities to rebuild Iraq in every way including the legal system. The CPA administrator L. Paul Bremer III, through a series of Orders introduced many new rules and regulations to many areas of Iraqi Laws, including the intellectual property laws of Iraq. Through these changes the CPA wanted to elevate the position of Iraq to the required international standard both

⁶³ 'Law No. 50 of 2012 on Seeds and Seed Tubers', secs 24–27.

⁶⁴ FAO, 'Iraq and FAO, Advancing Agricultural Technologies for Food Security and Resilience' (FAO, 2015), pp. 1–2 <www.fao.org/3/a-au080e.pdf>.

⁶⁵ K.T. CROSBY, p. 527.

⁶⁶ A.I. ABBAS, p. 1.

economically and politically.⁶⁷ One of the Orders was the Order 81/26 of the CPA which added chapter Threequarter (consists of 28 Articles) of Protection of New Plant Varieties and revolutionised the intellectual property protection as it is the first of kind in Iraq's Intellectual Property Laws. In its preamble the Order stated that the CPA to enhance the economic condition of the people of Iraq through important changes to the Iraqi intellectual property system. One of the significant changes was an addition and for the first time explicitly new plant varieties (livings) protected with a specific duration of time and the law provides punishment for its infringement. Article 1 of the Order defined the word variety as:

‘Any plant grouping within a single botanical taxon of the lowest known rank, which grouping, irrespective of whether the conditions for the grant of a breeder's right are fully met, can be defined by the expression of the characteristics resulting from a given genotype or combination of genotypes, distinguished from any other plant grouping by the expression of at least one of the said characteristics and considered as a unit with regard to its suitability for being propagated unchanged’⁶⁸

31. However, when comparing this definition with the one provided by the UPOV Convention of 1991 in its Article 1 (vi) it shows that both of the definitions are same. This means that the Order copied the definition of variety from the UPOV Convention word by word. When it comes to the criteria of registration, the Order required the same criteria as those of the UPOV Convention of 1991. The plant variety has to be novel, distinctive, uniform and stable, in order to be registered and protected by the Order.⁶⁹

a) Novelty

32. The criterion of novelty as requested by the Order require that the variety propagating and harvesting has not being sold or transferred with the consent of the breeder for more than one year inside Iraq and for more than four years outside Iraq, but six years outside Iraq if related to trees and vines, at the date of filing the registration or at the date of priority provided for in Article 8 (A) of chapter three-quarter. According to Article 8 (A) of chapter three-quarter the applicant permitted to apply for right of priority within twelve months following the first registration. This right of priority is valid in all member countries of the WTO or other international agreement in this area in which Iraq is a member. This right of priority is also taken from Article 11 of the UPOV Convention of 1991. However, as mentioned earlier the fact is that Iraq up to this moment is not a member country of WTO. Thus, there was no reason for CPA to grand this favour to an organization (Member States) that cannot return back the favour in the same way. This was particularly right when Iraq was under occupation and was in need of favour from developed and even stabled developing countries.

b) Distinctness

33. The requirement of distinctness of the variety is considered as a second criterion for granting protection to the new variety by Article 4 (B) of the Order. The new variety has to be clearly distinguishable from any other variety which considered a common knowledge. Any variety has been applied for granting intellectual property protection or for entering in the Register, will be considered as common knowledge if this process occurred before filing the application for new variety.⁷⁰ This article again is

⁶⁷ E.M. AL-DAJANI, ‘Post Saddam Restructuring of Intellectual Property Rights in Iraq Through a Case Study of Current Intellectual Property Practices in Lebanon, Egypt, and Jordan, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 6.2 (2007) 250-271, pp. 250-5.

⁶⁸ ‘Order No. 81 Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits And Plant Variety Law.’, Article 1 <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181090> [accessed 10 October 2017].

⁶⁹ ‘Order No. 81 Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits And Plant Variety Law.’, p. Chapter Threequarter, Article 4.10,10]]}, "locator": "Chapter Threequarter, Article 4", "label": "page"}], "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}]

⁷⁰ ‘Order No. 81 Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits And Plant Variety Law.’, chap. Threequarter, 4 (B).10,10]]}, "locator": "Threequarter, 4 (B

the exactly worded as written in Article 7 of the UPOV Convention of 1991 and has the same criterion of distinctness.

c) Uniformity

34. The third criterion for a variety to be considered as a new variety is uniformity. Article 4 (C) of the Order requires the new variety has possessed adequate uniformity in its relevant characteristics. The Order stated that new variety acquire the uniformity criterion 'if it is uniform subject to the variation that may be expected from the particular features of its propagation'.

d) Stability

35. The fourth requirement of new variety is stability as stated by Article 4 (D) of the Order. The stability acquired when the relevant characteristics of the new variety remain unchanged after repeated propagation or in the case of a particular cycle of propagation, at the end of each such cycle. The third and fourth criteria are also taken from the Articles of 8 and 9 of the UPOV Convention of 1991.

36. Another important element from the Order which is exactly taken from the UPOV Convention of 1991 is the duration of the breeder's right. Article 17 of chapter threequarter of the Order stated that duration for protecting the new variety shall be twenty years from the date of filing the application. However, the protection period of trees and vines shall be twenty five years.

C) The Law No. 15 of 2013

37. Sui generis system has a strong point in which provides for rights of both breeders and farmers in well balanced and equitable system. The Order also provides for the rights of breeder as it is stated in the UPOV Convention of 1991. However, one of the crucial area for every country is the farmer's right, especially for the developing countries. The UPOV Convention of 1991 provides some exceptions to the breeder's right in uses of new and protected variety for private and non-commercial purposes, experimental purposes and breeding other varieties with some exceptions. Another important exception to the breeder's right which is in favour of farmers in the way that developing countries, those countries in which their economy heavily rely on small farmers can benefit from this optional exception as stated by the UPOV Convention of 1991:

'[Optional exception] Notwithstanding Article 14, each Contracting Party may, within reasonable limits and subject to the safeguarding of the legitimate interests of the breeder, restrict the breeder's right in relation to any variety in order to permit farmers to use for propagating purposes, on their own holdings, the product of the harvest which they have obtained by planting, on their own holdings, the protected variety or a variety covered by Article 14 (5)(a)(i) or (ii).'⁷¹

38. This exception was not taken into consideration by the CPA in Iraq while they had seen the situation of the fields and seed bank of Iraq which was destroyed by the invasion war.⁷² Contrary to that the Order completely prohibited the farmers from 're-using seeds of protected varieties or any varieties mentioned in items 1 and 2 of paragraph (C) of Article 14 of this Chapter.'⁷³ This provision was in fact taken from the United States of American Patent Act, as the courts in USA interpreted the Act in companies' interest and prevent farmers from saving, reuse, or resale protected seeds.⁷⁴ This shows that in

⁷¹ 'International Convention For The Protection Of New Varieties Of Plants. Act of 1991', Article 12 (2) <<http://www.upov.int/export/sites/upov/upovlex/en/conventions/1991/pdf/act1991.pdf>> [accessed 9 October 2017].

⁷² E. FINKEL, 'Scientists Seek Easier Access to Seed Banks', *Science*, 324.5933 (2009), 1376–1376 (p. 1376).

⁷³ 'Order No. 81 Patent, Industrial Design, Undisclosed Information, Integrated Circuits and Plant Variety Law.', Chapter Threequarter, Article 15 (B).10,10]]}, "locator": "Chapter Threequarter, Article 15 (B

⁷⁴ K.T. Crosby, p. 511.

some situations the Order failed to follow the UPOV Convention of 1991 and regulate laws that are in best interest of Iraqi farmers.

39. It is worth mentioning that the Law No. 15 of 2013 on Registration, Accreditation and Protection of Agricultural Varieties replaced the Order and regulated the protection of new varieties in different way. The Law No. 15 of 2013 consists of 20 sections only and without giving details on some issues. The criteria of protection of new varieties stated in section 3 are without dedicating any special subsection to each criterion and without defining them. Section 3 (3) of the Law stated that new variety, hybrid or progeny in order to be registered or accredited should have the stability, uniformity, distinctiveness characteristics, and have high genetic value and agricultural addition or new industrial application. These criteria should have been explained and defined as any other important legal terms. Every important legal term needs to be clarified in order to avoid misinterpretations. The rest of the section which consists of nine subsections is merely technical requirements for registration and accreditation.

40. Apart from that the Law No. 15 of 2013 provides for the breeder's rights in detail as well. However, the Law provides extra exception than the one provided by the Order. Section 12 (1) of the law states that the breeder's right shall not include acts by individual or companies whether private or public, or other public-sector bodies for personal un-commercial purposes or for experimental purposes or for breeding another new variety or hybrid. Section 16 (1) authorising minister on recommendation from the committee⁷⁵ to grant licence to others with the permission of the breeder of using the protected variety, hybrid or progeny if public interest required that. In this case the breeder will be awarded equitable monetary compensation in which the financial value of the licence has been taken into consideration by the neutral committee established for this purpose. Section 14 also reduced the protection period of the variety, hybrid or progeny to ten years from the date of filing the application, except varieties of trees and vines that shall be protected for twenty years.

IV. Conclusion

41. After the invasion of Iraq, the bank seed and seeds reserved in other ways were affected severely by the war and the invasion. War affected human resources as well, especially the scientists who migrated to outside of Iraq either because of poverty, unemployment or fear on their own lives. There was no need in what so ever to enact law for protection of biological varieties to the level of that of developed countries as the CPA did. It becomes clear that the new Law is not regulated in such a better way than the Order was, but provides for licences and shorter period of protection. However, by replacing the Order, it shows that the current Iraqi government believes that it is not yet in a situation and condition to enact a law equivalent to the international conventions, but tries to fulfil the requirements of TRIPS Agreement by providing a protection to plant varieties in a form of sui generis system. Iraq should amend the Law No. 15 of 2013 so that get benefit from other international laws that Iraq recently became party such as International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture by Food and Agricultural Organization of the United Nations. Also comply in better way to international laws by increasing the duration of protection and best serve the interests of the Iraqi community by taking the advantage of the rights of saving seeds given to farmers by the UPOV Convention.

⁷⁵ Section 1 (1) defined The Committee as the national committee for registration, accreditation, and protection of agricultural varieties.

LA NEGOCIACIÓN DEL TTIP COMO EJEMPLO DE INGENIERÍA JURÍDICA AL SERVICIO DE LA DEGRADACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

THE NEGOTIATION OF TTIP AS AN EXAMPLE OF LEGAL ENGINEERING TO DEGRADE THE LABOR RIGHTS

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña*

Recibido: 12.01.2018 / Aceptado: 09.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4115>

Resumen: A pesar de la opacidad de sus negociaciones, se estudian aquí los aspectos laborales del TTIP –y también del CETA–, en que se comprueba un entusiasmo economicista en la estrategia de la Unión Europea. Su impacto negativo sobre el Derecho del Trabajo es innegable, con remisiones a la Organización Internacional del Trabajo que no aseguran una protección real de los derechos de los trabajadores. Y además, su regulación de la movilidad temporal de personas físicas que suministran servicios supone también un claro riesgo de importación y exportación de mano de obra como mercancía barata.

Palabras clave: Tratados de Libre Comercio. Unión Europea. Estados Unidos de Norteamérica. Derechos laborales. Ausencia de un verdadero sistema de protección laboral.

Abstract: Despite the opacity of its negotiations, the labor aspects of the TTIP –and also of the CETA– are studied here, in which an economicist enthusiasm is found in the European Union's strategy. Its negative impact on Labor Law is undeniable, with cross referrals to the International Labor Organization that do not ensure a real protection of workers' rights. And in addition, its regulation of the temporary mobility of natural persons supplying services also involves a clear risk of import and export of labor force as cheap product.

Keywords: Free Trade Agreements. European Union. United States of America. Labor rights. Lack of a real labor protection system.

Sumario: I. La opacidad y el entusiasmo liberalizador en la estrategia europea de negociación. II. La trastienda de una remisión a la organización internacional del trabajo, propia de un legislador charlatán (*o bavardeur*). III. El peligro de la importación y exportación de mano de obra barata.

I. La opacidad y el entusiasmo liberalizador en la estrategia europea de negociación

1. El estudio de las cuestiones estrictamente laborales de la propuesta de Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica para la constitución de una Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (más conocida por TTIP, acrónimo en inglés de *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) supone encarar las mismas complicaciones que existen cuando se pretende analizar otras partes temáticas distintas de su contenido. Al margen de tratarse de un acuerdo cuya

negociación está “suspendida hasta nuevo aviso (*stopped until further notice*)”¹, tales complicaciones traen causa principalmente del hecho de que su negociación ha sido realmente opaca, de igual forma que lo han sido las negociaciones en el caso del Acuerdo Económico y Comercial Global con Canadá (más conocido como CETA, acrónimo en inglés de *Comprehensive Economic and Trade Agreement*)². Y ello, incluso hasta el extremo de considerarse, siempre desde el punto de vista formal, su documentación como “información clasificada de la UE (ICUE)”³, de modo que la protección gradual de la seguridad de su confidencialidad⁴ ha implicado la denegación y la limitación del acceso a su contenido como consecuencia más directa e inmediata sobre el derecho fundamental a la información y el deber de los poderes públicos de la Unión Europea de ser transparentes, que en este caso parecen constituirse en un mero simulacro, pero afectante también –como ha reconocido el Tribunal General de la Unión Europea– a la participación efectiva de los ciudadanos de la Unión en la vida democrática de ésta⁵.

2. Aunque no ayude a superar en su totalidad tales complicaciones, entre los documentos oficiales desclasificados –que, en muchos casos, se hicieron públicos después de ser previamente filtrados– figura uno muy concreto en que se aprecia con cierta claridad la voluntad negociadora en temas sobre cuestiones estrictamente laborales. Se trata del documento sobre *Directrices de negociación relativas a un acuerdo global de comercio e inversión, denominado Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América*, adoptadas en el Consejo de Asuntos Exteriores (Comercio) de 14 de junio de 2013⁶, que fueron consideradas inicialmente como “información clasificada RESTREINT IU/IU RESTRICTED”⁷, siendo objeto después de “desclasificación” al obtener la naturaleza de documento “público”⁸. Su lectura permite evidenciar el entusiasmo de la Unión Europea con el mercado “libre” de bienes y servicios, que incluso llega a superar el fanatismo de la propia Organización Mundial del Comercio, dado que estas Directrices –al igual que en el caso concreto del CETA con Cana-

¹ Según informa la Comisión Europea, con fecha de enero de 2018, en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf (última consulta de 15 febrero 2018). En igual sentido, véase http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/#_being-negotiated (última consulta de 15 de febrero de 2018).

² En la medida en que sus directrices de negociación de 24 de abril de 2009 [formalmente denominadas *Recomendación de la Comisión al Consejo de autorizar a la Comisión a entablar negociaciones para un acuerdo de integración económica con Canadá*, que pueden localizarse en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036-2009-EXT-2/es/pdf> (última consulta de 15 de febrero de 2018)] y sus modificaciones de 14 de julio de 2011 [formalmente denominadas *Recomendación de la Comisión al Consejo sobre la modificación de las directrices de negociación de un Acuerdo de integración económica con Canadá, a fin de que autorice a la Comisión a negociar, en nombre de la Unión, en materia de inversiones*, que pueden localizarse en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/es/pdf> (última consulta de 15 de febrero de 2018)] fueron objeto de desclasificación parcial el 15 de diciembre de 2015, haciéndose públicas a partir de este día. Sobre el CETA, ténganse en cuenta la Decisión (UE) 2017/37 del Consejo de 28 de octubre de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (Diario Oficial de la Unión Europea L 11 de 14 de enero de 2017); y la Decisión (UE) 2017/38 del Consejo de 28 de octubre de 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (Diario Oficial de la Unión Europea L 11 de 14 de enero de 2017).

³ Según la Decisión del Consejo de 23 de septiembre de 2013, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la IU (2013/488/UE), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 274 de 15 de octubre de 2013, se entiende por tal “toda información o material a los que se haya asignado una clasificación de seguridad de la UE cuya revelación no autorizada pueda causar perjuicio en distintos grados a los intereses de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros” (artículo 2.1).

⁴ Según el artículo 2.2 y el Apéndice B (sobre “correspondencia de las clasificaciones de seguridad”) de esta Decisión del Consejo de 23 de septiembre de 2013 [tras las modificaciones operadas en la misma por la Decisión del Consejo de 14 de abril de 2014 (Diario Oficial de la Unión Europea L 125 de 26 de abril de 2014)], la información se clasifica en los grados de “secreto”, “reservado”, “confidencial” y “difusión limitada”, en correspondencia con las expresiones (francesas e inglesas) “TRÉS SECRET IU/IU TOP SECRET”, “SECRET IU/IU SECRET”, “CONFIDENTIEL IU/IU CONFIDENTIAL” y “RESTREINT IU/IU RESTRICTED”.

⁵ Véase su Sentencia de 10 de mayo de 2017, dictada en el asunto T754/14 (*Michael Efler* y otros contra Comisión Europea), referencia ECLI:EU:T:2017:323.

⁶ Véase en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf> (última consulta de 15 de febrero de 2018).

⁷ Con fecha de 17 de junio de 2013.

⁸ Con fecha de 9 de octubre de 2014.

dá⁹– no solo determinan que “el Acuerdo será ambicioso, global, equilibrado y totalmente coherente con las normas y obligaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC)”¹⁰, sino que, además, declaran en relación con “alcance del Acuerdo” que “deberá prever una liberalización recíproca del comercio de productos y servicios, así como normas sobre temas relacionados con el comercio, con un elevado nivel de ambición que vaya más allá de los compromisos existentes en el ámbito de la OMC”¹¹.

3. Y la lectura de su contenido da cuenta igualmente de lo que con toda probabilidad serán las tres partes principales del Acuerdo en cuestión, cuando en tales Directrices –advirtiendo con sinceridad que se suprimirán derechos– se dispone que el “Acuerdo estará formado por tres componentes clave: a) acceso al mercado, b) cuestiones reglamentarias y barreras no arancelarias (BNA) y c) normas”¹², que deberán ser negociados “de forma paralela y formarán parte de un acto único que garantice un resultado equilibrado entre la eliminación de derechos, la eliminación de obstáculos reglamentarios al comercio innecesarios y la mejora de las normas que den lugar a resultados importantes en cada uno de estos componentes y una apertura efectiva y recíproca de los respectivos mercados”¹³. Todo este conjunto de propósitos tan intransigentes en su consecución se ampara y se justifica, entre otras, en la recurrente finalidad de la “creación de empleo”. Por ello, no pueden extrañar las numerosas y variadas alusiones que tales Directrices contienen sobre el tema, que van desde aquellas que pasan por ser un “compromiso de las Partes” que negocian el Acuerdo¹⁴ hasta aquellas otras que se definen como parte integrante de los “objetivos” del propio Acuerdo¹⁵.

4. Con independencia de que tengan aquí una finalidad más dogmática que real (es mayor la destrucción de empleo y de derechos que la creación de empleo de calidad en este tipo de acuerdos)¹⁶, estas Directrices abordan dos concretas cuestiones sobre las que sí merece la pena centrarse, al menos

⁹ En efecto, en sus directrices de negociación de 24 de abril de 2009 (o *Recomendación de la Comisión al Consejo de autorizar a la Comisión a iniciar negociaciones para un acuerdo de integración económica con Canadá*) se establecía en el apartado sobre “Naturaleza y ámbito de aplicación de Acuerdo” que: 1) “el Acuerdo será global, equilibrado y plenamente coherente con las normas y obligaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC)”; 2) “las negociaciones se celebrarán y finalizarán atendiendo debidamente a los compromisos en la OMC”; y 3) “el Acuerdo establecerá la liberalización gradual y recíproca del comercio de mercancías y servicios, así como normas sobre asuntos relacionados con el comercio, con un elevado nivel de ambición, por encima de los actuales compromisos contraídos con la OMC”.

¹⁰ Véase su apartado 2.

¹¹ Véase su apartado 3. En su apartado 6, relativo a lo que deberían ser el “preámbulo y principios generales” del Acuerdo, se habla igualmente del “compromiso de las Partes con un Acuerdo que se ajuste plenamente a sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC y que apoye el sistema de comercio multilateral”.

¹² Véase su apartado 5, inciso primero.

¹³ Véase su apartado 5, inciso segundo.

¹⁴ En su apartado sobre “Preámbulo y principios generales” (apartado 6), se indica que el preámbulo del acuerdo deberá recordar que “la asociación con los Estados Unidos se basa en principios y valores comunes que son coherentes con los principios y los objetivos de la actuación exterior de la Unión”, debiendo hacer referencia, entre otras cosas, al “compromiso de las Partes con el desarrollo sostenible y la contribución del comercio internacional al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y medioambiental, incluido el desarrollo económico, un empleo pleno y productivo y un trabajo digno para todos, así como la protección y la preservación del medio ambiente y los recursos naturales”.

¹⁵ Es el caso de su apartado sobre “Objetivos”, concretamente de sus apartados 7 (que declara en este sentido que “el objetivo del Acuerdo es aumentar el comercio y la inversión entre la UE y los EE.UU. haciendo realidad el potencial sin explotar de un auténtico mercado transatlántico que genere nuevas oportunidades económicas de creación de empleo y crecimiento mediante un mejor acceso al mercado y una mayor compatibilidad reglamentaria y marcando una pauta en materia de normas mundiales”) y 8 (en que también se reconoce como objetivo general de las partes “el desarrollo sostenible”, que implicará “garantizar y facilitar el respeto de los acuerdos y normas internacionales, medioambientales y laborales, al tiempo que se fomentan unos elevados niveles de protección medioambiental, laboral y de los consumidores compatible con el acervo de la UE y la legislación estadounidense”, además de no alentar “el comercio o la inversión extranjera directa mediante una suavización de la legislación y las normas internas en materia de medio ambiente, trabajo o salud y seguridad en el trabajo, ni de las normas laborales básicas ni las políticas y la legislación destinadas a proteger y promover la diversidad cultural”).

¹⁶ Incluso la propia Comisión Europea se ve en la obligación de reconocer tal impacto negativo y recordar la existencia del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para mitigar ese impacto. Véase el apartado “The social impact” en EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact Assessment Report on the future of EU-US trade relations. Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on a comprehensive trade and investment agreement, called the Transatlantic Trade and Investment Partnership, between the European Union and the United States of America* (Strasbourg, 12.3.2013), COM (2013) 136 final. SWD (2013) 69 final, páginas 50-53.

desde el punto de vista jurídico-laboral. La primera es la relativa a lo que ellas mismas llaman “comercio y desarrollo sostenible” (en su componente segundo sobre “normas”)¹⁷, en la medida en que va a permitir comprobar cuál es la dimensión social que se le quiere dar a este Acuerdo y el grado de vinculación que habrá entre liberalización del comercio y reconocimiento, defensa y promoción de los derechos laborales (véase *infra*, II). Y la segunda alude a lo que las Directrices llaman “comercio de servicios y establecimiento” (en su componente primero sobre “acceso al mercado”)¹⁸, en la medida en que aquí se pretende regular la movilidad temporal de personas físicas con fines comerciales por causa de una prestación de servicios que implica su desplazamiento internacional del territorio de una de las partes del Acuerdo a la otra parte (véase *infra*, III).

II. La trastienda de una remisión a la organización internacional del trabajo, propia de un legislador charlatán (o *babardeur*)

5. El apartado de las Directrices sobre “comercio y desarrollo sostenible” comienza señalando que el Acuerdo deberá incluir “compromisos por ambas partes en relación con los aspectos laborales y medioambientales del comercio y el desarrollo sostenible”¹⁹, y también “disposiciones para promover el cumplimiento y la aplicación eficaz de normas y acuerdos laborales y medioambientales acordados internacionalmente como condición necesaria para el desarrollo sostenible”²⁰. En el caso de los aspectos laborales, las Directrices se remiten a las “normas laborales básicas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tal y como se definen en la Declaración Internacional de la OIT de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”²¹, aunque sin olvidar “la importancia de la aplicación y la ejecución de la legislación laboral... interna”²². Idéntica remisión a esta Declaración de la Organización Internacional del Trabajo se contiene en el CETA con Canadá, afirmándose al respecto que “las Partes afirman su compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos de conformidad con las obligaciones de los miembros de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) y los compromisos contraídos en virtud de la Declaración de Principios de la OIT relativa a los Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, de 1998, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86.º período de sesiones”²³.

6. Con todo, debe indicarse que esta Declaración no deja de ser la consecuencia de un fracaso en la iniciativa de regular el comercio internacional por cláusulas sociales (esto es, la inclusión de normas mínimas laborales en las reglas del comercio internacional y en los acuerdos comerciales de vocación universal, cuyo incumplimiento daría lugar a la imposición de sanciones)²⁴, actuando tan solo como

¹⁷ Apartados 31 a 33.

¹⁸ Apartados 15 a 21.

¹⁹ Véase su apartado 31, inciso primero.

²⁰ Véase su apartado 31, inciso segundo.

²¹ Véase su apartado 32, inciso primero.

²² Véase su apartado 32, inciso segundo.

²³ Véase el apartado 3 del artículo 23 (sobre “Normas y acuerdos laborales multilaterales”, que forma parte del Capítulo 23, relativo a “Comercio y Trabajo”) de la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, con fecha de 7 de julio de 2016 [COM(2016) 444 final], en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016P0470&from=ES> (última consulta de 15 de febrero de 2018). En igual sentido, véase apartado 3 del artículo 23 (sobre “Normas y acuerdos laborales multilaterales”, que forma parte del Capítulo 23, relativo a “Comercio y Trabajo”) del documento de revisión legal del texto en cuestión que acaba de citarse y que puede consultarse directamente en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (última consulta de 15 de febrero de 2018).

²⁴ Al respecto, véase “Le coût de la main-d’œuvre en tant que facteur du commerce international”, en *Revue Internationale du Travail*, Vol. 89, 5 (1964), páginas 481-505; G. EDGREN, “Normes équitables de travail et libéralisation du commerce”, en *Revue Internationale du Travail*, Vol. 118, 5 (1979), páginas 557-570; M. HANSENSE, “La dimension sociale du commerce international”, en *Droit Social*, núm. 11 (1994), páginas 839-840; G. TSOGAS, “Including labour standards in international trade agreements”, en *European Industrial Relations Review*, núm. 275 (1979), páginas 26 y siguientes; J.M. SERVAIS, “La clause sociale dans les traités de commerce: prétention irréaliste ou instrument de progrès social?”, en *Revue Internationale du Travail*, Vol. 128, 4 (1989), páginas 463-473; G. VAN LIEMT, “Normes minimales du travail et commerce international: une clause so-

mecanismo de promoción del respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, pero sin contemplar sanciones, razón por la que carece de verdadera fuerza vinculante. Esta idea de vincular el desarrollo del comercio internacional al respeto de los derechos laborales y de seguridad social internacionalmente reconocidos de las personas que trabajan, que desde hace tiempo está recobrando su importancia en el contexto de la economía globalizada (o mundializada), no es que sea realmente una novedad. Y no lo es desde el momento en que forma parte de la tradicional preocupación por evitar –siempre sobre la base de que “el trabajo no es una mercancía”²⁵– que las personas que trabajan puedan verse perjudicadas cuando un Estado, incurriendo en una situación de competencia destructiva, permite que las empresas empleen a su personal en condiciones de trabajo y salariales totalmente deplorables, para exportar sus productos a un precio bajo y obtener de este modo una ventaja ilegítima sobre sus competidores²⁶.

7. Con este tipo de cláusulas se intenta promover, en efecto, el cumplimiento del deber de garantizar unos derechos laborales mínimos en el contexto de la regulación económica internacional, recurriendo para esto a la amenaza de la aplicación de sanciones que limiten o prohíban las importaciones de productos que proceden de países, de sectores o de empresas donde las condiciones de trabajo están por debajo de lo que constituyen unos mínimos exigibles de protección laboral. Pero su inclusión siempre ha sido complicada y ha estado llena de obstáculos, evidenciándose así en diversas conferencias ministeriales realizadas en el seno tanto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio como de la Organización Mundial del Comercio²⁷. Y es que, siempre en estas conferencias ministeriales, las organizaciones empresariales eran las más hostiles y contrarias a tales cláusulas, en la medida en que consideraban que las mismas constituían “nuevas barreras al comercio, negando el objetivo del comercio a través de un mercado mundial abierto”, además de entender que la Organización Mundial del Comercio “es un “cuerpo legislativo” en el campo del comercio y no podría contribuir al examen de los medios para mejorar los estándares laborales”²⁸.

8. Precisamente por causa de esta oposición patronal, el debate se tuvo que trasladar al seno de la Organización Internacional del Trabajo, que –según la Declaración Ministerial adoptada en la conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio realizada en Singapur en diciembre de 1996– es el único órgano competente para establecer y ocuparse de tales normas y estándares²⁹. Esto es

ciale serait-elle opérante ?”, en *Revue Internationale du Travail*, Vol. 128, 4 (1989), páginas 475-492; y, por último, A. PERULLI, *Diritto del Lavoro e Globalizzazione. Clause sociale, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam (Padua, 1999), página XVII de su “Introduzione”.

²⁵ Véase punto I, letra a) de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), adoptada el 10 de mayo de 1944, que sigue en este sentido lo establecido en el artículo 427.1 (“el trabajo no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio” y “el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio”) del Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919, cuya Parte XIII (artículos 387 a 427) era la relativa precisamente a la creación de la Organización Internacional del Trabajo.

²⁶ La propia Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 insistía en esta cuestión en su inicio (“la no adopción de un régimen de trabajo realmente humano es un obstáculo puesto a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”). Con otra numeración en su articulado, esta Parte XIII se conoce formalmente como la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo preámbulo repara de nuevo, como es lógico, en esta misma cuestión en su párrafo 3 (“si cualquier nación no adopta un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”).

²⁷ Véanse en este sentido “L’Organisation mondiale du commerce et la clause sociale”, en *Revue Internationale du Travail*, Vol. 133, 3 (1994), páginas 448-456; M. VELLANO, “Le plein emploi et la clause sociale dans le cadre de l’OMC”, en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 102, 4 (1998), páginas 885 y siguientes; y también, M. CARLEY, “Labour issues unresolved as WTO talks fail”, en *European Industrial Relations Review*, núm. 312 (2000), páginas 28-30.

²⁸ Puede comprobarse en el documento de la *International Organisation of Employers* (IOE) sobre “Policy Statement on the social clause”, de 3 de junio de 1996, en la siguiente dirección [http://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Policy%20Areas/international_labour_standards/EN/\(1996-06-03\)%20Social%20Clause%20IOE%20Resolution.pdf](http://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Policy%20Areas/international_labour_standards/EN/(1996-06-03)%20Social%20Clause%20IOE%20Resolution.pdf) (última consulta de 15 febrero de 2018).

²⁹ Véase el apartado 4, sobre “Normas fundamentales del trabajo”, en el enlace de la propia Organización Mundial del Comercio https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm (última consulta de 15 de febrero de 2018). Sobre esta cuestión, véase también B. HEPPLER, “New Approaches to International Labour Regulation”, en *Industrial Law Journal*, Vol. 26, 4 (1997), páginas 353-366; y V.A. LEARY, “The WHO and the Social Clause: Post-Singapore”, en *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1 (1997), páginas 118-122.

lo que explica y justifica que la Organización Internacional del Trabajo tomase la decisión de “proseguir la discusión en forma de una declaración solemne”³⁰, dado que su cometido principal es “establecer y promover normas sociales mínimas a nivel mundial sin las que no puede haber desarrollo continuado, justicia ni paz”³¹. Y esta Declaración solemne no es otra que la relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 18 de junio de 1998³², que tiene como finalidad servir como “una referencia para las discusiones internacionales sobre estándares sociales, particularmente en la Organización Mundial del Comercio”³³, aunque, como ya se ha reconocido doctrinalmente, “su influencia y su alcance práctico serían mucho más intensos si los principios y derechos fundamentales en cuestión fuesen incluidos en una cláusula social”³⁴.

9. Se trata de una Declaración que incide en la necesidad de cumplir con lo establecido en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”³⁵, “la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio”³⁶, “la abolición efectiva del trabajo infantil”³⁷ y “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”³⁸. Pero se trata también de una Declaración que carece de verdadera fuerza vinculante, presentándose como “un simple recordatorio del marco constitucional y de los compromisos que asumen los Estados miembros por su sola pertenencia a la OIT”³⁹, de modo que, como antes se ha indicado, solo es un instrumento de promoción que no guarda ninguna relación con denuncias ni sanciones⁴⁰. Y esta es su principal debilidad, dado que pretende realizar esa actividad de fomento de la justicia social apelando a las aspiraciones de las personas a la equidad, al progreso social y a la erradicación de la pobreza, pero rechazando la imposición de sanciones por incumplimientos, que podrían emplearse con fines proteccionistas⁴¹.

10. Como puede apreciarse, la remisión que las *Directrices de negociación relativas a un acuerdo global de comercio e inversión* hacen a la Organización Internacional del Trabajo y a su labor de promoción del trabajo digno tiene poca efectividad legal (o carga jurídica) para asegurar la protección de las personas que trabajan dentro del ámbito territorial de actuación del Acuerdo, enmarcándose por ello y con toda naturalidad en el fenómeno cada vez más frecuente del “legislador *bavardeur*, charlatán”⁴², al darse precisamente a la “charlatanería”, a los “neutrones legislativos” y a los “preceptos meramente pastorales” aquí también⁴³. Además, constituye una remisión insuficiente para la protección de todos

³⁰ Véase M. CLOUTIER, *La declaración de principios de la OIT: un instrumento para promover los derechos fundamentales. Guía de educación obrera*, Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 2000), página 5.

³¹ Véase W. BRETT, “Prefacio” al libro de M. CLOUTIER, *La declaración de principios de la OIT: un instrumento para promover los derechos fundamentales. Guía de educación obrera*, cit., página VI.

³² Puede consultarse en <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm> (última consulta de 5 de febrero de 2018).

³³ Véase “ILO human rights declaration”, en *European Industrial Relations Review*, núm. 294 (1998), página 3.

³⁴ Véase A. EUZÉBY, “L’OIT a quatre-vingts ans: quatrième âge ou nouvelle jeunesse?”, en *Droit Social*, núm. 1 (2000), página 65.

³⁵ Véase su apartado 2, letra a).

³⁶ Véase su apartado 2, letra b).

³⁷ Véase su apartado 2, letra c).

³⁸ Véase su apartado 2, letra d).

³⁹ Véase J.L. GIL Y GIL y T. USHAKOVA, “La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Documentación Laboral*, núm. 59 (1999), página 107.

⁴⁰ Véase H. KELLERSON, “La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, 2 (1998), página 247.

⁴¹ Es por ello que su apartado 5 declara literalmente que “las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento”.

⁴² Sobre el tema, incidiendo sobre el proceso de degradación de la Ley en general, véase T-R. FERNÁNDEZ, “De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 0 (octubre, 2008), páginas 38-45.

⁴³ Sobre el tema, incidiendo en materias específicas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como es la prevención de riesgos laborales y comunes, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, “De la prevención de riesgos laborales a la

los derechos laborales, porque es una referencia a normas que –siendo fundamentales– están centradas sobre determinadas materias, dejando a un lado otras tan importantes como las relativas, por ejemplo, a la protección de seguridad social. Pero, sin duda, lo realmente grave está en la falta de ratificación por parte de los Estados Unidos de Norteamérica de gran parte de los convenios fundamentales que figuran como referentes en la Declaración de 18 de junio de 1998.

11. En concreto, de los ocho convenios fundamentales que menciona por sus materias la citada Declaración de 18 de junio de 1998⁴⁴, los Estados Unidos de Norteamérica –a diferencia de lo que sucede, siempre a propósito del CETA, con Canadá, que sí los ha ratificado⁴⁵– solamente han ratificado dos convenios⁴⁶. Se trata del convenio número 105 de 1957, ratificado el 25 de septiembre de 1991, y del convenio número 182 de 1999, ratificado el 2 de diciembre de 1999. Quizá por ello, la referencia a la Organización Internacional del Trabajo tampoco aquí puede ayudar como mecanismo que permita una aproximación al alza en los niveles de protección de la legislación laboral y de seguridad social de cada una de las partes negociadoras del TTIP, que ya presentan grandes diferencias entre sí⁴⁷.

12. Si realmente están interesadas estas partes negociadoras en proteger los derechos laborales y de seguridad social deberían aprovechar todo el caudal de información que suministra la experiencia de las repercusiones sociales y laborales de los acuerdos comerciales internacionales ya negociados⁴⁸. En ellos se evidencia que la inclusión de normas laborales actúa –desde un punto de vista estrictamente social– como medio de protección social, pero también –ahora desde un punto de vista estrictamente económico– como medio para acabar con la competencia desleal, dado que el incumplimiento de tales normas laborales altera la competencia con la práctica del *dumping* social. Precisamente, esta es la razón

emergente generalización de la prevención de riesgos comunes. A propósito del reglamento de “seguridad de la prueba” de la Federación Inglesa de Orientación”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, número 13 (2009), en especial su página 419.

⁴⁴ En función de la temática, pueden clasificarse en los cuatro siguientes grupos: 1) convenios sobre libertad sindical y derecho de negociación colectiva, que son los números 87 de 1948 (libertad sindical y protección del derecho de sindicación) y 98 de 1949 (derecho de sindicación y de negociación colectiva); 2) convenios sobre el trabajo forzoso, que son los números 29 de 1930 (trabajo forzoso u obligatorio) y 105 de 1957 (abolición del trabajo forzoso); 3) convenios sobre trabajo infantil, que son los números 138 de 1973 (edad mínima de admisión en el empleo) y 182 de 1999 (prohibición de las peores formas de trabajo infantil y acción inmediata para su eliminación); y 4) igualdad y no discriminación en el empleo, que son los convenios números 100 de 1951 (igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor) y 111 de 1958 (discriminación en materia de empleo y ocupación).

⁴⁵ En concreto, Canadá ha ratificado los convenios números 29 de 1930 (ratificado el 13 de junio de 2011), 87 de 1948 (ratificado el 23 de marzo de 1972), 100 de 1951 (ratificado el 16 de noviembre de 1972), 105 de 1957 (ratificado el 14 de julio de 1959), 111 de 1958 (ratificado el 26 de noviembre de 1964), 138 de 1973 (ratificado el 8 de junio de 2016), 182 de 1999 (ratificado el 6 de junio de 2000) y, por último, el convenio número 98 de 1949 (ratificado el 14 de junio de 2018). Véase el número total de convenios ratificados (36) y no ratificados (61) por este Estado (miembro desde el 28 de junio de 1919) en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102582 (última consulta de 15 de febrero de 2018).

⁴⁶ Sobre el número total de convenios ratificados (14, de los cuales dos nunca entraron en vigor) no ratificados (70, contando solamente los que están actualizados) por los Estados Unidos de Norteamérica (miembro de la Organización Internacional del Trabajo de 1934 a 1977 y desde 1980 hasta la actualidad), puede acudir al enlace de la Organización Internacional del Trabajo http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102871 (última consulta de 15 de febrero de 2018), sobre ratificaciones de convenios por Estados miembros, en este caso de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁴⁷ Excelentes para comprobar las principales diferencias existentes entre los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea en materia de “Fuentes” (jurídico-positivas y jurisprudenciales laborales y de seguridad social), “Instituciones” (servicios públicos de empleo, inspección de trabajo, gestión de la seguridad social y contenciosos laboral y de seguridad social) y “Derechos, Libertades y Principios” (entre otros, libertad sindical, negociación colectiva, huelga, estabilidad en el empleo, protección de la persona que trabaja frente a situaciones críticas de la empresa y despido y seguridad social), véanse J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, 1ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2007), páginas 3-255; y *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2010), páginas 3-278.

⁴⁸ Véase A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “Cláusulas laborales en los acuerdos de libre comercio de nueva generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos*, núm. 398 (2016), páginas 83-112.

para sostener que su neutralización podría conseguirse empleando los mismos medios adoptados contra las prácticas comerciales que son desleales.

13. Sobre este caudal de información como experiencia que debería tenerse en cuenta repara la propia Organización Internacional del Trabajo en uno de sus últimos informes publicados sobre el tema en la serie *Estudios sobre el crecimiento con equidad*. Se trata, en concreto, del informe de la Organización Internacional del Trabajo y del Instituto Internacional de Estudios Laborales, publicado con el título *Dimensiones Sociales de los Acuerdos de Libre Comercio*⁴⁹, que proporciona una revisión integral de los acuerdos comerciales que incluyen disposiciones laborales y que, además, presenta el impacto de estas disposiciones para empresas y personas que trabajan por cuenta de ellas en función precisamente de su tipología. A los efectos que aquí interesan, en su apartado sobre principales conclusiones en relación con “el rápido aumento de las disposiciones laborales en los acuerdos comerciales”⁵⁰, se contiene una muy concreta⁵¹, según la cual resulta que: 1) “de los aproximadamente 190 países que han suscrito acuerdos comerciales, alrededor de 120 son partes en acuerdos que incluyen disposiciones laborales”⁵²; 2) “la mayoría de las mismas se centran en la cooperación y el monitoreo (elementos promocionales), mientras que sólo dos quintas partes contienen elementos condicionales, vinculando el cumplimiento de las normas del trabajo a consecuencias económicas”⁵³; y 3) “el predominio de disposiciones exclusivamente promocionales es particularmente frecuente en los acuerdos comerciales Sur-Sur, de los cuales sólo dos prevén la posibilidad de solución de controversias y, si procede, de sanciones económicas”⁵⁴.

14. En fin, este informe interesa igualmente para poner de manifiesto que la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica podrían haber actuado de forma diferente –y realmente modélica– en temas de protección laboral y de seguridad social. Y es que podrían haber apostado por incluir en el acuerdo comercial disposiciones laborales con elementos condicionales (que vinculan “los deberes relacionados a las normas de trabajo con sanciones o incentivos económicos”)⁵⁵ con carácter prioritario y preferente sobre disposiciones laborales con elementos promocionales (que no incluyen “sanciones o incentivos económicos como mecanismo de aplicación, sino actividades de cooperación, diálogo y supervisión”)⁵⁶. Pero no lo han hecho, de modo que aquí tampoco hay diferencias entre el TTIP con los Estados Unidos de Norteamérica y el CETA con Canadá, en la medida en que no contienen ningún tipo de previsión de sanciones u otro tipo de responsabilidades por incumplimientos en temas estrictamente laborales⁵⁷.

III. El peligro de la importación y exportación de mano de obra barata

15. Por su parte, en el apartado de las *Directrices de negociación relativas a un acuerdo global de comercio e inversión, denominado Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América* sobre “comercio de servicios y establecimiento”, hay una

⁴⁹ Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 2015), especialmente páginas 1-119. Puede consultarse en http://www.ilo.org/global/research/publications/WCMS_340866/lang--es/index.htm, y también en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_340866.pdf (última consulta de 15 de febrero de 2018).

⁵⁰ Véanse sus páginas 7 y 8.

⁵¹ Véase la conclusión que se contiene en el punto número 4.

⁵² Véase inciso primero de la conclusión que se contiene en el punto número 4.

⁵³ Véase inciso segundo de la conclusión que se contiene en el punto número 4.

⁵⁴ Véase inciso tercero de la conclusión que se contiene en el punto número 4.

⁵⁵ Véanse las páginas 24 y 125 del citado informe *Dimensiones Sociales de los Acuerdos de Libre Comercio*, indicándose en relación con estos elementos condicionales que “las exigencias de las normas internacionales del trabajo están vinculadas a consecuencias económicas, en forma de sanciones o, con menor frecuencia, de incentivos, relacionados con el comercio u otras ventajas, como la cooperación técnica” (página 24).

⁵⁶ Véanse las páginas 24 y 125 de este informe, indicándose en relación con estos elementos promocionales que, por regla, “combinan compromisos (vinculantes o no vinculantes) que relacionan las normas del trabajo con actividades de cooperación, diálogo y supervisión” (página 24).

⁵⁷ Véase A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “Cláusulas laborales en los acuerdos de libre comercio de nueva generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP”, cit., páginas 108-112.

remisión realizada directamente al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y a otros acuerdos de libre comercio ya negociados, con un fin también muy claro: obtener el mayor grado de liberalización posible. Así se dispone literalmente en estas Directrices, cuando afirman que “el objetivo de las negociaciones sobre el comercio de servicios consistirá en vincular el nivel autónomo de liberalización existente de ambas Partes con el nivel de liberalización más elevado obtenido en los ALC vigentes, en línea con el artículo V del AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios)”⁵⁸, contemplándose en este nivel más alto que se pretende del proceso de liberalización “sustancialmente todos los sectores” y “todos los modelos de prestación” de los servicios que se pretenden liberalizar⁵⁹. En el caso del CETA con Canadá, también se evidenciaba este objetivo, según se desprende del Título III (“Comercio de servicios, establecimiento”) de sus directrices de negociación de abril de 2009 –formalmente denominadas, recuérdese, *Recomendación de la Comisión al Consejo de autorizar a la Comisión a iniciar negociaciones para un acuerdo de integración económica con Canadá*–, en que se indicaba que el “Acuerdo establecerá la liberalización gradual y recíproca del establecimiento y del comercio de servicios, con objeto de alcanzar el máximo nivel de oportunidades de acceso a los mercados, sin exclusiones a priori y en coherencia con las normas aplicables de la OMC y, en particular, el artículo V del AGCS”⁶⁰.

16. Por lógica, esto último implica –al igual que en el caso concreto del CETA con Canadá⁶¹– movilidad temporal de personas físicas y, más en concreto, desplazamiento temporal de personas trabajadoras precisamente en el marco de una prestación de servicios transnacional. Esta es la razón por la que las propias Directrices, siempre con respecto a esta movilidad, señalan que deberá garantizarse que “en el acuerdo nada impida a las Partes aplicar sus disposiciones legales y reglamentarias y administrativas nacionales en relación con la entrada y la estancia siempre que al hacerlo no se anulen ni se erosionen los beneficios que se derivan del Acuerdo”⁶². E igualmente es la razón por la que las Directrices continúan indicando, siempre en relación con esta movilidad, “que seguirán siendo de aplicación las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al trabajo y las condiciones laborales”⁶³, pero sin aclarar de qué Parte.

17. Esta movilidad temporal de personas físicas aparece confirmada con la remisión al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, cuando las Directrices hablan de “nivel de liberalización más elevado... que contemple... todos los modelos de prestación”⁶⁴, entre los que figura el llamado “modo 4” de prestación de servicios. En efecto, este citado “modo 4” constituye el último de los cuatro “modos” (o modelos) contemplados de prestación en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios⁶⁵, en virtud del cual el suministro de un servicio –como comercio de servicios– puede realizarse “por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro”⁶⁶. Se trata, como se puede apreciar, de un “modo” que incentiva la movilidad temporal de personas físicas y, más en concreto, el desplazamiento temporal de personas trabajadores

⁵⁸ Véase su apartado 15, inciso primero.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Véase su apartado 22.

⁶¹ Esta movilidad temporal de personas aparece regulada en el Capítulo 10 (“Entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales”) de la *Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra*, con fecha de 7 de julio de 2016 [COM(2016) 444 final]; y también en el Capítulo 10 (“Entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales”) del documento de *revisión legal del texto* en cuestión.

⁶² Véase su apartado 18, inciso segundo.

⁶³ Véase su apartado 18, inciso tercero.

⁶⁴ Ya citado anteriormente, véase su apartado 5, inciso primero.

⁶⁵ El artículo 1 de este Acuerdo [véase en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm (última consulta de 15 de febrero de 2018)] trata del “alcance y definición”. En su apartado 2, se relacionan tales cuatro “modos” de suministro de servicios, en que aparecen definidos los otros tres “modos”, que son: 1) “del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro” [letra a]; 2) “en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro” [letra b)]; y 3) “por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro” [letra c)].

⁶⁶ Véase su artículo 1.2, letra d).

en el marco de una prestación de servicios transnacional⁶⁷, pero sin especificar nada —por lo menos expresamente— sobre las condiciones laborales y de seguridad social en que realizarán tales personas el servicio por cuenta de su empresa en el territorio del Estado al cual se desplazan.

18. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios contiene algunas referencias a cuestiones laborales, que no son de gran ayuda aquí, dado que tales referencias inciden únicamente en la exención de los requisitos legales que pueden establecer los Estados que reciban la prestación de servicios en materia de permisos de residencia y trabajo⁶⁸. De ahí que, en su día, se llamase la atención sobre los efectos negativos que podría tener este peculiar “modo 4” de prestación de servicios en la protección social de las personas que trabajan, señaladamente el riesgo de lo que se ha denominado un fenómeno de “deslocalización en el lugar”⁶⁹. Así, según la literalidad de este Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, nada impediría que una empresa europea, por ejemplo, en lugar de contratar a una empresa asiática la realización de determinadas actividades en su país de origen, obtenga el mismo resultado importando temporalmente a los trabajadores de esta empresa extranjera para que realicen los servicios contratados en Europa, aunque siempre de conformidad con la legislación laboral y de seguridad social del país asiático en cuestión⁷⁰.

19. Como puede apreciarse, esta concreta movilidad temporal de personas físicas supone el riesgo de una importación y exportación de mano de obra como mercancía barata, porque podría ser a costes laborales inferiores a los establecidos en el Estado de destino de tales personas físicas. Algo que se podría evitar aplicando una regla básica en la determinación de las condiciones laborales y de seguridad social cuando hay desplazamientos internacionales de esta naturaleza, como es la de la aplicación de las condiciones de trabajo más favorables para estas personas trabajadoras, sin perjuicio de que las empresas que desplacen temporalmente a tales personas al territorio de un Estado distinto en el marco de esa prestación de servicios transnacional tengan que respetar un núcleo mínimo de disposiciones imperativas de protección de esas personas trabajadoras establecidas por el Estado de destino. Pero nada se dice al respecto en la documentación que se fue conociendo —casi siempre gracias a filtraciones— de los textos de la negociación del tratado de libre comercio entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica.

20. En la documentación de julio de 2013⁷¹, julio de 2015⁷² y noviembre de 2015⁷³, sobre comercio de servicios, inversiones y comercio electrónico, hay partes específicas en que se regulan

⁶⁷ Véanse M. JANSEN and R. PIERMARTINI (2005) “The impact of Mode 4 liberalization on bilateral trade flows”, WTO Staff Working Paper, Economic Research and Statistics Division-2005-06 (november, 2005), en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200506_e.htm (última consulta de 15 de febrero de 2018).

⁶⁸ Pueden localizarse tanto en su artículo *V bis* (sobre “Acuerdos de integración de los mercados de trabajo”) como en su Anexo sobre “el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo”.

⁶⁹ Véanse E. TERRAY, “Le travail des étrangers en situation irrégulière ou la délocalisation sur place”, en *Sans-papiers : l'archaïsme fatal*, La Découverte (Paris, 1999), páginas 9 y siguientes; y A. MATH et A. SPIRE, “Des travailleurs jetables”, en *Plein Droit*, núm. 61 (2004), monográfico sobre *Immigrés mode d'emploi*, que puede localizarse en <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/61/jetables.html#1> (última consulta de 15 de febrero de 2018).

⁷⁰ El ejemplo ya se ha explicado en los siguientes términos: “una empresa india de servicios informáticos puede trasladar así a un ingeniero a Italia, en el marco de un contrato de trabajo indio previo, y para una prestación limitada en el tiempo. En este ejemplo, se observa claramente... una *deslocalización in situ*: en vez de que la empresa italiana encargue el diseño de un programa informático en India... , obtiene el mismo resultado importando provisionalmente a Italia, y en forma totalmente legal, a un indio remunerado con salarios indios” [véase B. CASSEN, “La OMC amplía la directiva Bolkestein. Nuevos contratos de trabajo, *Le Monde Diplomatique*, edición española, núm. 121 (2005), página 3”].

⁷¹ Documento con la referencia *Brussels, 2 July 2013. TRADE B1, B2/asc/2557028 LIMITED. For the attention of the Trade Policy Committee (Services & Investment). Subject: TTIP negotiations: Modified EU draft proposals on trade in services, investment and electronic commerce.*

⁷² Documento con la referencia *the European Union's proposal for services, investment and e-commerce text. It was tabled for discussion with the US in the negotiating round of 12-17 July and made public on 31 July 2015. The actual text in the final agreement will be a result of negotiations between the EU and US. Transatlantic Trade and Investment Partnership. TRADE IN SERVICES, INVESTMENT AND E-COMMERCE.*

⁷³ Documento con la referencia *RESTREINT EU/EU RESTRICTED. Transatlantic Trade and Investment Partnership. Cross-Border Trade in Services Text Consolidation. November 30, 2015.*

el suministro transfronterizo de servicios⁷⁴ y la entrada y estancia temporal de personas físicas con fines comerciales⁷⁵. Estas partes solamente se limitaban a definir qué se entiende por proveedor de servicios⁷⁶, fijar las condiciones de entrada y estancia temporal de personas físicas trasladadas dentro de una misma empresa, en visita de negocios con fines de establecimiento o encargadas del establecimiento⁷⁷, y marcar los requisitos y procedimientos en materia de titulaciones y calificaciones para tales efectos⁷⁸. En relación con el silencio existente sobre esta materia aquí⁷⁹, conviene recordar lo que dice la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados internacionales⁸⁰.

21. Después de explicar lo que se debe entender por “traslado intraempresarial”⁸¹, esta Directiva reconoce el “derecho a la igualdad de trato” con las nacionales del Estado miembro en el que se realice el trabajo a las personas nacionales de terceros países que sean desplazadas con fines de empleo o formación en un marco intraempresarial⁸², siempre con la finalidad de proteger a las personas que trabajan y garantizar la existencia de una competencia leal entre empresas⁸³. Pero lo hace también con ciertas limitaciones que pueden obstaculizar su finalidad tuitiva y garantista, precisamente por excluir de su ámbito de aplicación a categorías muy específicas de nacionales de terceros países⁸⁴. Y una de estas categorías excluidas

⁷⁴ Véanse artículo 1.4 (sobre definiciones) y Capítulo III del Documento de julio de 2013; artículo 1.3 (sobre definiciones) y Capítulo III del Documento de julio de 2015; y Capítulo sin número sobre “*Cross-Border Trade in Services*” del Documento de 30 de noviembre 2015.

⁷⁵ Véanse Capítulo IV del Documento de julio de 2013 y Capítulo IV del Documento de julio de 2015.

⁷⁶ Véanse artículo 1.4 (sobre definiciones) del Documento de julio de 2013; artículo 1.3 (sobre definiciones) del Documento de julio de 2015; y Capítulo sin número sobre “*Cross-Border Trade in Services*” del Documento de 30 de noviembre 2015.

⁷⁷ Véanse Capítulo IV del Documento de julio de 2013 y Capítulo IV del Documento de julio de 2015.

⁷⁸ Véanse Capítulo V del Documento de julio de 2013 y Capítulo V del Documento de julio de 2015.

⁷⁹ En el caso del CETA con Canadá, el artículo 10.2 (“Objetivos y ámbito de aplicación”), en su apartado 5, de la *Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra*, con fecha de 7 de julio de 2016 [COM(2016) 444 final], indica al respecto que, “no obstante lo dispuesto en el presente capítulo, seguirán aplicándose todos los requisitos legales de las Partes en materia de empleo y de régimen de seguridad social, incluida la normativa relativa a los salarios mínimos, así como los convenios colectivos sobre salarios”. En igual sentido, véase artículo 10.2 (“Objetivos y ámbito de aplicación”), apartado 5, del documento de *revisión legal del texto* en cuestión.

⁸⁰ Diario Oficial da Unión Europea L 157 de 27 de mayo de 2014. Sobre la misma, véase “Condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales”, en la sección Actualidad de la Unión Europea de *La Ley Unión Europea*, núm. 16 (2014), páginas 79-80; y también M. JESSE, *The Civic Citizens of Europe. The Legal Potential for Immigrant Integration in the EU, Belgium, Germany and the United Kingdom*, Brill-Nijhoff (Leiden-Boston, 2017), páginas 176-178.

⁸¹ Según el artículo 3 de esta Directiva (sobre “Definiciones”), “traslado intraempresarial” es “el desplazamiento temporal con fines de empleo o de formación de un nacional de un tercer país que, en el momento de la solicitud de un permiso de traslado intraempresarial, resida fuera del territorio del Estado miembro, desde una empresa establecida fuera del territorio de un Estado miembro y a la cual está vinculado por un contrato de trabajo, antes y durante el traslado, hacia una entidad perteneciente a la empresa o al mismo grupo de empresas establecidos en dicho Estado miembro y, en su caso, la movilidad entre entidades receptoras establecidas en uno o varios segundos Estados miembros” [letra a)]; entendiéndose por “entidad receptora” aquella “a la que es trasladada la persona desplazada en un marco intraempresarial, independientemente de su forma jurídica, establecida en el territorio de un determinado Estado miembro de acuerdo con la legislación nacional” [letra d)].

⁸² Véase su artículo 18, pero también su artículo 4 (sobre “Disposiciones más favorables”).

⁸³ Su Considerando (15) explica las razones y las condiciones de este reconocimiento de la igualdad de trato en los siguientes términos: “Las personas desplazadas en un marco intraempresarial deberían beneficiarse al menos de las mismas modalidades y condiciones de empleo que los trabajadores desplazados cuyos empresarios estén establecidos en el territorio de la Unión Europea, tal como se definen en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Los Estados miembros deberían exigir que las personas desplazadas en un marco intraempresarial reciban el mismo trato que los nacionales que ocupen posiciones similares en cuanto a la remuneración que reciban durante todo el período de traslado. Cada Estado miembro debería responsabilizarse de comprobar la remuneración atribuida a las personas desplazadas en un marco intraempresarial durante su residencia en su territorio. Esto tiene por objeto proteger a los trabajadores y garantizar una competencia leal entre las empresas establecidas en un Estado miembro y las establecidas en un tercer país, ya que asegura que estas últimas no puedan beneficiarse de normas laborales menos rigurosas para conseguir una ventaja competitiva”.

⁸⁴ Véase su artículo 2.2, que relaciona hasta seis concretas categorías o supuestos de exclusión. Su artículo 2.1 es el que precisa que esta Directiva “se aplicará a los nacionales de terceros países que residan fuera del territorio de un Estado miembro en el momento de la solicitud y que soliciten la admisión o hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro, con

es la que alude a los nacionales de terceros países que “estén empleados por una empresa establecida en dichos terceros países”⁸⁵, en que podría encajar sin dificultades la movilidad temporal de personas físicas del “modo 4” de prestación de servicios del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios⁸⁶, de modo que nada impediría que empresas europeas y norteamericanas, siempre al amparo del Tratado de Libre Comercio negociado, importen y exporten su mano de obra, como mercancía barata, en función de los costes laborales del sector en el Estado de destino en que van a hacer su suministro de servicios⁸⁷.

arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva, en el marco de un traslado intraempresarial en calidad de directivo, especialista o trabajador en formación”

⁸⁵ Véase su artículo 2.2, letra b).

⁸⁶ En relación con este Acuerdo, la Directiva declara abiertamente que trae causa de los compromisos asumidos por la Unión Europea para su aplicación, afirmando en su Considerando (13) que se trata de “compromisos específicos asumidos por la Unión con arreglo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y en los acuerdos comerciales bilaterales”.

⁸⁷ Sobre los desplazamientos laborales de nacionales de terceros Estados a la Unión Europea, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, “El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO, (Coordinadora), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier (Barcelona, 2017), páginas 233-247.

ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL AL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO EUROPEO

EXTRAJUDICIAL ASSISTANCE OF THE EUROPEAN CROSS-BORDER CONSUMER

DAVID CARRIZO AGUADO

Doctor en Derecho. Profesor ayudante de Derecho internacional privado

Universidad de León

Árbitro de Consumo

ORCID ID: 0000-0002-9427-287X

Recibido: 08.01.2018 / Aceptado: 22.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4116>

Resumen: En el ámbito del *e-commerce*, los ADR se presentan como la senda más adecuada para que consumidores y empresarios resuelvan a través de una plataforma web única y gratuita aquellos problemas que se puedan plantear en sus relaciones. Es por ello, que resulta indispensable el fomento de la resolución alternativa de conflictos al ser el medio más adecuado para dirimir las disputas surgidas a raíz de continuos incumplimientos derivados de contratos celebrados vía electrónica. Acudir a los tribunales supone complejidad, gastos y dilaciones que en la mayoría de las ocasiones debe soportar el consumidor. Estimular el empleo de tales métodos supondría un impulso a la actividad comercial y consumidora *on line* al facilitar mecanismos ágiles y económicos para la resolución de las controversias que puedan surgir en las transacciones comerciales transnacionales. Con la llegada de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, fruto de la tardía transposición de la Directiva 2013/11/UE, se garantiza a los consumidores residentes en la UE el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La Comisión Europea cooperará con las autoridades nacionales para resolver problemas técnicos y maximizar el uso de la plataforma ODR con miras a fortalecer su contribución al desarrollo del mercado único digital.

Palabras clave: Mercado interior, responsabilidad Estados Miembros, comercio electrónico transnacional, resolución alternativa, confianza del consumidor.

Abstract: In the field of e-commerce, ADRs are presented as the most appropriate path for consumers and businessmen to solve, through a single, free web platform, any problems that may arise in their relationships. That is why the promotion of alternative dispute resolution is essential, as it is the most appropriate means to resolve disputes arising from continuous breaches arising from contracts concluded electronically. Going to court involves complexity, expenses and delays that in most cases must support the consumer. Encouraging the use of such methods would be a boost to commercial and consumer online activity by providing agile and economic mechanisms for the resolution of disputes that may arise in transnational commercial transactions. With the arrival of Law 7/2017, of November 2, fruit of the delayed transposition of Directive 2013/11 / EU, consumers residing in the EU are guaranteed access to mechanisms for alternative dispute resolution in matters of consumption of high quality for being independent, impartial, transparent, effective, fast and fair. The European Commission will cooperate with the national authorities to solve technical problems and maximize the use of the ODR platform with a view to strengthening its contribution to the development of the digital single market.

Keywords: Internal market, Member States responsibility, transnational electronic commerce, alternative resolution, consumer confidence.

Sumario: I. La reclamación extrajudicial en materia de consumo. 1. Cuestiones preliminares. A) Justificación y conceptualización. B) Caracteres esenciales. 2. Marco legislativo a nivel europeo: similitudes y divergencias. II. Estudio detallado. 1. Ventajas en doble vertiente: consumidor-empresario. 2. Principios inspiradores. 3. Impacto en las Nuevas Tecnologías. 4. Eslabón básico: la autonomía de la voluntad. III. Fundamento y razones de la Directiva 2013/11/UE. 1. Propósito en su aplicación. 2. Ámbitos de aplicación. 3. Principios aplicables a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. A) Observación inicial. B) Principio de independencia e imparcialidad C) Principio de conocimiento especializado D) Principio de transparencia. E) Principio de eficacia en el procedimiento. F) Principio de equidad y contradicción. G) Principio de libertad. H) Principio de legalidad. 4. Obligaciones impuestas a los proveedores de servicios. 5. La información a los consumidores y la cooperación entre las entidades de resolución alternativa. 6. Transposición al ordenamiento jurídico español: Ley 7/2017, de 2 de noviembre. IV. Fundamento y razones del Reglamento (UE) 524/2013. 1. Propósito en su aplicación. 2. Caracteres de la plataforma y especialidades del procedimiento. V. Consideración final.

I. La reclamación extrajudicial en materia de consumo

1. Cuestiones preliminares

A) Justificación y conceptualización

1. La Comisión para la Eficiencia de la Justicia –CEPEJ– del Consejo de Europa recoge en su informe del año 2014 que España aparece, en cuanto al número de jueces profesionales por 100.000 habitantes, con 11,1 por debajo de la media del conjunto de países de la UE, y también por debajo del conjunto de países del territorio comunitario excluyendo los provenientes del antiguo bloque del este. En ambos casos se ha eliminado a Reino Unido e Irlanda¹.

2. El problema de la sobrecarga de trabajo que aqueja a muchos tribunales conlleva a que no puedan atender todos los asuntos que tienen asignados y los retrasos en la resolución de los diversos asuntos implican en la mayoría de las ocasiones el incumplimiento de los plazos por las oficinas judiciales. No es extraño que la Administración de Justicia se resienta, habida cuenta que no ha procedido todavía a integrar en su estructura tradicional los mecanismos extrajudiciales de gestión y resolución de las diferencias, como tampoco ha introducido en sus oficinas judiciales muchos de los avances que ofrece hoy la tecnología de la información.²

Las acciones judiciales, bien de carácter individual o bien colectivo³, han sido el cauce más habitual para luchas contra las prácticas abusivas de los empresarios frente a los consumidores. El sistema judicial resuelve el problema formal pero no el material, al contrario, agudiza el enfrentamiento interpersonal e intensifica el incumplimiento de la resolución adoptada. Este aspecto, junto con la lentitud de los

¹ Consejo General del Poder Judicial. Boletín de Información Estadística, núm. 37, 2014. El estudio de la CEPEJ comprende los 47 países del Consejo de Europa que tienen una gran variabilidad de organizaciones de los tribunales y de organización política, económica y social. Es por ello que sus resultados se deban considerar con mucha cautela porque los datos recopilados por CEPEJ tienen importantes problemas de comparabilidad, y que siempre es aconsejable complementar los datos e indicadores con las numerosas notas aclaratorias que los acompañan.

² La falta de interoperabilidad técnica y jurídica, así como la incertidumbre acerca del valor de los resultados obtenidos a través de estos métodos, unido a la proliferación de prácticas, reglamentos y normativa muy heterogénea –en ocasiones hasta contradictoria– y su fragmentación, no contribuyen a su consolidación (*Vid.* A.E. VILALTA NICUESA, “Resolución electrónica de disputas: primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 10, 2010, pp. 16-17).

³ En cuanto a las principales cuestiones procesales de las acciones colectivas desde una perspectiva judicial, tales como la legitimación, el control judicial, la constitución de la parte demandante, el suministro de información, la financiación y los litigios transfronterizos, *vid in extenso*, A. MONTESINOS GARCÍA, “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 12, 2014, pp. 87-112.

procedimientos jurisdiccionales, impone la exigencia de encontrar mecanismos alternativos y capaces de gestionar de forma efectiva y positiva estos conflictos⁴.

3. Es por ello que surgen los medios alternativos de resolución de conflictos a los que nuestra sociedad se va acostumbrando paulatinamente al ser metodologías basadas en la negociación extrajudicial⁵, tanto en conflictos complejos como en los de menor entidad; la resistencia a las vías de negociación o de resolución fuera del tribunal es producto del modelo de justicia que ha predominado en la Europa continental⁶. Se ha llegado a afirmar que, alcanzar eventuales soluciones de manera extrajudicial supone una privatización de la función jurisdiccional todo ello derivado de la rigidez y la prolongación de tiempo en la que se asientan los procesos judiciales, conllevando sin lugar a dudas incertidumbre que lastran la vida tanto de las personas físicas como jurídicas⁷.

El panorama nos invita al optimismo, pues a pesar de que los problemas están lejos de estar resueltos, existen mecanismos alternativos para la resolución de conflictos⁸. Son los denominados bajo el acrónimo ADR “Alternative Dispute Resolution”⁹.

Los ADR se definen como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros¹⁰, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia¹¹.

⁴ Los mecanismos ODR, aplicados a la solución de controversias derivadas del comercio electrónico, permiten que los contratantes tengan la certidumbre de que, por más que la cuantía de su reclamo sea baja, pueden dar curso a un procedimiento extrajudicial confiable, económico y expedito, en el mismo ambiente en línea en el cual celebraron su transacción. Así, indirectamente, fortaleciendo la seguridad jurídica en el comercio electrónico, el ODR puede incidir de forma positiva en el desarrollo de un país (*Vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN y M^a.M. ALBORNOZ, “Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, núm. 12, 2014, pp. 14-16).

⁵ El papel de los ADR sin duda aparece condicionado por la tradición jurídica y esto se ha puesto de manifiesto de una manera clara en nuestro país en el que hasta ahora no ha terminado de florecer esta cultura “alternativa”. El tiempo solucionará este desajuste, pero en el momento actual los acuerdos entre las partes se producen previamente o en el curso de un proceso judicial ya iniciado, con la intervención de abogados y la correspondiente homologación judicial (*Vid.* M. URREA SALAZAR, “Global Law. ¿Metodología o nuevo derecho?”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 5, 2017, versión *on line*).

⁶ La necesidad de instalar medios de negociación previos al proceso judicial, o de forma auxiliar a él, no solo sirve para la disminución del número de procesos ante los tribunales, sino también para lograr una mayor eficiencia en la resolución de conflictos (*Vid.* J.P. ORTUÑO MUÑOZ, “Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, núm. 1, 2016, pp. 33-34).

⁷ D. DE DUEÑAS ÁLVAREZ, “Medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la empresa”, *Anuario de justicia alternativa*, núm. 14, 2017, pp. 99 y 101.

⁸ Para poco o nada sirve que se protejan los intereses económicos de los consumidores si, en caso de que se conculquen, no existe reparación. A mayor redundancia: únicamente la política de resolución del conflicto de consumo puede garantizar el éxito de todas las demás (*Vid.* L. ABELLÁN TOLOSA, “El ejercicio de los derechos de los consumidores europeos”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, 2012, versión *on line*).

⁹ No puede considerarse ADR a todos aquellos que utilizan la tecnología sólo para las tareas administrativas y de programación del propio procedimiento. En este sentido, y para que un mecanismo sea considerado ODR su desarrollo debe ser completamente virtual. La metodología *on line* se materializa en diferentes instrumentos, esencialmente en a través de e-mail, chat, mensajes instantáneos, etc. Éstos se suelen englobar en plataformas interactivas ideadas al efecto (*Vid.* C. MACHO GÓMEZ, “La mediación electrónica internacional entre empresas (B2B): ley aplicable a los contratos de mediación”, en E. VÁZQUEZ DE CASTRO, (dir.), C. FERNÁNDEZ CANALES, (coord.), *Estudios sobre Justicia online*, Comares, Granada, 2013, pp. 141-143).

¹⁰ El tercero ayuda a las partes a llegar a un acuerdo y así asumir una posición formal sobre la solución que tiene que dar respuesta; por ello se invita a las partes a dialogar para evitar o superar el conflicto; ello es así, porque las mismas partes eligen el método de resolución alternativa de la controversia al desempeñar un papel especialmente activo para intentar encontrar un solución apropiada para ambas partes, de manera que se encuentre la solución más personalizada y adaptada a la controversia objeto de resolución. Incluso, si se resuelve la controversia de forma satisfactoria para ambos, incluso pueden mantener posteriores relaciones comerciales o contractuales (*Vid.* L. RUGGERI, “ADR y ODR y su taxonomía: la identificación de caracteres”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 10, 2010, pp. 34-35).

¹¹ Las principales características que delimitan los ADR son: a) el protagonismo de la autonomía de la voluntad; b) la naturaleza puramente contractual; c) la flexibilidad; d) la rapidez y reducido coste económico; e) la importancia de los intereses de las partes y; f) la presencia de uno o varios terceros (*Vid.* C. MACHO GÓMEZ, “Los ADR “alternative dispute resolution” en el comercio internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 399-401).

B) Caracteres esenciales

4. La resolución alternativa de litigios presenta la característica de ser una solución extrajudicial sencilla, rápida y asequible para los litigios entre los consumidores y las empresas implicadas¹². Los consumidores puedan aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece el mercado interior, y por ende es necesario que la resolución alternativa pueda aplicarse a todos los tipos de litigios, especialmente a aquellos que sean de carácter transfronterizo¹³.

No obstante, los métodos de resolución alternativa son productos de la autonomía privada limitándose, o bien, a ser un proceso tutelado de negociación, o bien, hacia el arbitraje¹⁴; las partes se obligan a aceptar como vinculante la evaluación o dictamen del tercero, que cobra entonces fuerza contractual entre ellas¹⁵.

5. Las reclamaciones de consumo canalizadas mediante ADR suelen ser de carácter netamente patrimonial y, en su mayor parte, la reclamación económica habitualmente es de escasa cuantía. Por este motivo, podemos afirmar que la mayoría de las reclamaciones de consumo entran en el concepto de lo que denominamos *small claims*¹⁶, es decir, el valor económico de la reclamación del consumidor no es elevado¹⁷.

De esto se derivan dos consecuencias: por un lado, si no existe un mecanismo rápido y barato de resolución, se trata de reclamaciones que difícilmente se van a llevar a los tribunales; por otro lado, aunque el perjuicio de cada consumidor en concreto tenga poco valor, la suma de la actuación frente a todos los consumidores puede tener grandes proporciones¹⁸.

6. Uno de los principales cometidos de este sistema es que el principio de confianza del consumidor no se vea afectado y que el comercio en línea desarrolle su potencial y su plena expansión en

¹² Hay autores que valoran positivamente la resolución de litigios en línea de consumo por el alto grado de satisfacción que puede proporcionar a los consumidores, especialmente en el comercio electrónico, pues el procedimiento de reclamación es sencillo y se pueden alcanzar los resultados esperados (*Vid.* A. PÉREZ MORIONES, “La Resolución de litigios en línea en materia de consumo: el reglamento (UE) n° 524/2013, de 21 de mayo de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 3, 2014, pp. 56-57).

¹³ Dada la naturaleza transfronteriza del comercio electrónico, para poder desarrollar un marco legal efectivo para los ODR sería necesario llegar a un acuerdo en un ámbito internacional con la colaboración de todos los representantes del comercio electrónico, para así establecer estándares mínimos en el campo de los ODR y facilitar que la UE hablase con una sola voz en el debate internacional sobre cómo incorporar los ODR dentro del derecho internacional, en el que realmente tienen su mayor potencial (*Vid.* P. CORTÉS, “Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 10, 2010, pp. 12-13).

¹⁴ Entre las ventajas de acudir al arbitraje, se puede argumentar la familiaridad y especialización existente de los árbitros en relación con el objeto de la disputa, consiguiéndose de este modo una mayor eficiencia y una reducción de costes, ya que el tribunal arbitral va a conocer de todas las cuestiones derivadas de la controversia que enfrenta a las partes, incluyendo la posibilidad de solicitar tutela cautelar (*Vid.* E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017, p. 83). El arbitraje, al día de hoy, despunta como uno de los métodos alternativos a la Jurisdicción más importantes, porque a través de sus cauces se da solución de una forma, más o menos rápida, a conflictos intersubjetivos con un pretendido bajo coste económico y con igual efecto jurídico que la Jurisdicción (*Vid.* R. BONACHERA VILLEGAS, “El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, *Diario La Ley*, núm. 7045, 2008, versión *on line*).

¹⁵ La finalidad de un ADR es llegar a una solución comercial. Por eso puede tener más éxito al comienzo que al final de una relación en curso. Lo mismo puede decirse si la relación entre las partes ya está rota y no hay perspectiva de que se renueve. El terreno más propicio para los procedimientos de ADR son los contratos relacionales y de larga duración (*Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, pp. 83 y 87).

¹⁶ P. ROTT, “Claims Management Services: An Alternative to ADR?”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, pp. 143-160.

¹⁷ En esta coyuntura, muchas veces la jurisdicción resulta antieconómica, pues las disputas están basadas en poco valor económico (*Vid.* I. ORDEÑANA GUEZURAGA, “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, núm. 7420, 2010, versión *on line*).

¹⁸ I. BARRAL VIÑALS, “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR = La mediació i l'arbitratge de consum: explorar sistemes d'ODR”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 11, 2010, pp. 4-5.

el marco del comercio internacional¹⁹. La independencia y la integridad de las entidades de resolución alternativa son fundamentales para corroborar este principio de confianza de los consumidores comunitarios y por lo tanto ofrezcan un resultado justo e independiente²⁰.

2. Marco legislativo a nivel europeo: similitudes y divergencias

7. La UE²¹ ha aprobado 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) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE²², y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE²³.

Con la llegada de esta regulación se pretende contribuir a impulsar la protección del consumidor y del comercio electrónico transfronterizo²⁴. Mediante el establecimiento de principios obligatorios para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo, y la instauración de la plataforma europea, la nueva legislación da una respuesta del siglo XXI a la problemática de la resolución de litigios de consumo, y en especial del comercio electrónico, para el cual las soluciones tradicionales de competencia judicial internacional y de ley aplicable típicas del Derecho internacional privado han dejado de resultar suficientes. Además, se articula una novedosa vía para atender las quejas de los consumidores que se aventuran a realizar compras por Internet²⁵.

8. Pues bien, una de las principales causas es que ante la insuficiencia de las soluciones actuales del Derecho internacional privado en las operaciones de consumo transfronterizo, y por la escasa cuan-

¹⁹ La confianza en la red se mide en términos de seguridad: sólo si el consumidor conoce el medio y cómo funciona podrá valorar las ventajas que el comercio electrónico le aporta frente al tradicional. El “efecto confianza” genera la posibilidad de ofrecer al consumidor herramientas para evitar o para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir en las transacciones electrónicas, especialmente si son transfronterizas (*Vid.* I. BARRAL VIÑALS, “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, Small Claims y plataformas interactivas”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 34, 2014, p. 47). La evaluación y calificación en línea de los productos y servicios ayudan y empoderan a los consumidores siempre que sean fiables y estén exentas de todo sesgo y manipulación. En este sentido, las reseñas y comentarios falsos causan pérdida de confianza que pueden generar desconfianza generalizada (*Vid.* A.E. VILALTA NICUESA, “Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada”, F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al Marco Europeo de Resolución Alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 461-462).

²⁰ Las entidades de resolución alternativa, concebidas como aquéllas que, independientemente de su nombre, establecidas de manera duradera, ofrecen la resolución de conflictos mediante un procedimiento ADR, ocupan el centro del sistema. Éste, como sabemos, establece requisitos de calidad armonizados para ellas y los procedimientos que ofrecen, recogiendo en un listado aquéllas que los acatan. La evaluación y calificación en línea de los productos y servicios ayudan y empoderan a los consumidores siempre que sean fiables y estén exentas de todo sesgo y manipulación. En este sentido, las reseñas y comentarios falsos causan pérdida de confianza que pueden generar desconfianza generalizada (*Vid.* A.E. Vilalta Nicuesa, “Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada”, F. Esteban de la Rosa (dir.), O. Olariu (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al Marco Europeo de Resolución Alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 461-462).

²¹ La trascendental importancia que en todos los órdenes ha tenido la integración de España en la UE en nuestra historia explica el compromiso político con la profundización y el fortalecimiento de la UE; sin el Derecho europeo, el escenario jurídico español, en su conjunto, hubiera tenido muchas debilidades y carencias que sufriría la ciudadanía. Con nuestra ineficacia, descontrol de los riesgos y falta de previsión se hubiera hecho muy difícil sobreponernos a la crisis económico-financiera (*Vid.* A. MANGAS MARTÍN, “El Derecho español ¿sin Unión Europea?”, *Diario La Ley*, núm. 8784, 2016, versión *on line*).

²² DOUE L 165/63, de 18 de junio de 2013.

²³ DOUE L 165/1, de 18 de junio de 2013.

²⁴ El deseo de canalizar la efectividad de los derechos de los consumidores hacia vías alternativas, la intensa relación entre comercio electrónico y conflictos transfronterizos y las características inherentes a estas reclamaciones hacen que explorar vías de ODR en este tipo de conflictos sea especialmente útil (*Vid.* I. BARRAL VIÑALS, “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, Small Claims y plataformas interactivas”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 34, 2014, pp. 65-66).

²⁵ Es muy bien saludada esta nueva estrategia con la cual la UE pretende incrementar la confianza del consumidor, mejorar el funcionamiento del mercado interior y dar respuesta adecuada a la satisfacción del consumidor que encuentra serias dificulta-

tía de las reclamaciones²⁶, no se ha tardado en denotar la importancia que posee el sistema de resolución alternativa de litigios, en calidad de sustitutivo de la presentación de una reclamación judicial²⁷.

La estructura creada está llamada a producir un efecto multiplicador del número de las reclamaciones transfronterizas, lo que abre nuevos retos para la regulación del sistema de Derecho internacional privado desde dos perspectivas diversas: por una parte, resulta necesario hacer una puesta a punto, y comprobar con qué sistema nos encontramos actualmente mediante la combinación de las soluciones especiales y las generales; por otra, resulta necesario revisar si las soluciones actuales responden a las exigencias especiales que provienen del reconocimiento a la tutela judicial efectiva²⁸.

9. Se puede afirmar que tanto la Directiva 2013/11/UE como el Reglamento (UE) 524/2013 son dos instrumentos legales de carácter complementario²⁹, puesto que la plataforma contemplada por en el Reglamento (UE) 524/2013 parte de la existencia de sistemas nacionales de resolución alternativa de conflictos sometidos a unos mínimos armonizados³⁰ por medio de la Directiva 2013/11/UE.

Ambos comparten un objetivo principal: contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando, la Directiva 2013/11/UE, a los consumidores, la posibilidad de presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos ADR independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos en toda la UE y el Reglamento (UE) 524/2013, la posibilidad, de hacerlo en línea³¹.

des para acceder a la justicia a nivel nacional y muy específicamente en el contexto transfronterizo (Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA y P. CORTÉS, “Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 560-561).

²⁶ Las ODR encuentran un ámbito muy propicio en las “microreclamaciones” en las que su valor es desproporcionado para acudir a los mecanismos de solución tradicional; si a ello se añade el carácter transfronterizo y que se dan masivamente en el comercio electrónico, la oportunidad de aplicar ODR es clara (Cfr. I. BARRAL VIÑALS, “Tecnología y conflictos en la era de internet: la utilidad de las Online Dispute Resolution”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, núm. 1, 2016, pp. 68-69).

²⁷ La resolución electrónica de conflictos nacidos de transacciones en red puede utilizarse para cualquier tipo de conflicto y ello le añade más versatilidad, pero es cierto que es el ámbito del comercio electrónico donde tienen su encaje natural (Vid. J. SUQUET CAPDEVILA, “Online dispute resolution (ODR): una visión jurídica del estado del arte tecnológico”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 22, núm. 1, 2010, pp. 62-63).

²⁸ Cfr. F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, p. 136. Es evidente que la mejor forma de alcanzar el efectivo cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva es fomentando el diálogo o la sinergia entre las entidades de resolución alternativa y los sistemas judiciales (Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “Las relaciones entre las entidades RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía”, F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al Marco Europeo de Resolución Alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 533-534).

²⁹ No cabe concebir ambas normas de forma independiente; y ello porque siendo la función del Reglamento (UE) 524/2013 permitir a consumidores y comerciantes acceder de forma directa a una plataforma *on line* que ayude a resolver sus conflictos y dicha colaboración se presta por las entidades u organismos previstos en la Directiva 2013/11/UE. Por ello se puede afirmar que ambas normas deben contribuir al buen funcionamiento del mercado interior (Vid. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Medios electrónicos en los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos”, en G. PALAO MORENO, (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 29; D. MARCOS FRANCISCO, “Las “Online dispute resolution” en materia de consumo en la Unión Europea”, en E. VÁZQUEZ DE CASTRO, (dir.), C. FERNÁNDEZ CANALES, (coord.), *Estudios sobre Justicia online*, Comares, Granada, 2013, pp. 26-27).

³⁰ Las iniciativas de armonización de procesos y de estandarización generan, en ocasiones, una idea errónea de trabajo teórico e intelectual de escasa trascendencia práctica. Pero lo cierto es, sin embargo, que estos procesos de conocimiento, comprensión y nación ayudan precisamente a la eliminación de muchos obstáculos legales y formales al comercio, así como a la remoción de normativa contradictoria e inoperante, algo que hoy resulta deseable en el ámbito de las modalidades alternativas de resolución de conflictos (Vid. A. ESTRELLA FARIA, “Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?”, *Uniform Law Review*, núm. 14, 2009, pp. 5-34).

³¹ I. ORDEÑANA GUEZURAGA, “Lectura crítica del sistema extrajudicial de resolución del conflicto de consumo en la Unión Europea que prevén la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento UE 524/2013”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 2226-2227.

Es por todo ello que la simbiosis o complementariedad, entre las dos disposiciones del Derecho de la UE no puede dejar de significarse, de tal manera que no puede tenerse en cuenta una sin la otra³². A pesar de ello, ambos textos difieren en cuanto al objeto y ámbito de aplicación. Una de las cuestiones más importantes es indicar que el objeto del Reglamento (UE) 524/2013 es muy específico: la creación de una plataforma web europea que facilite la resolución de litigios en línea³³.

10. Ante este razonamiento, es preciso aclarar de manera somera las siguientes cuestiones: el Reglamento (UE) 524/2013 sólo se aplica a los contratos de compraventa y prestación de servicios suscritos a través red. También, sólo se fijará en aquellos procedimientos en los que intervenga una entidad ADR, la cual haya sido incluida en la lista de entidades que cumplan con las condiciones y requisitos expuestos en la Directiva 2013/11/UE. En cambio, la Directiva 2013/11/UE se aplica también a los litigios que versen sobre obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, teniendo cabida tanto los celebrados en línea como los que no³⁴.

Una diferencia que presentan ambas normas entre sí se refiere a su ámbito de aplicación. La Directiva 2013/11/UE ofrece una delimitación de carácter negativo a tenor de lo dispuesto en su art. 2.2, mientras que Reglamento (UE) 524/2013 lo establece de forma positiva; por ello, se puede deducir que éste no se podría aplicar en todos los casos enmarcados por la Directiva 2013/11/UE y no es así, puesto que el art. 2.2 Reglamento (UE) 524/2013 contempla de manera expresa la bilateralidad, es decir, la posibilidad de que los Estados miembros apliquen el Reglamento (UE) 524/2013 a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor.

11. Otra cuestión que podemos resaltar, con respecto a la Directiva 2013/11/UE es la omisión de unificación de criterios en lo que al procedimiento en sí se refiere. Las normas contenidas en la misma establecen básicamente los requisitos de las entidades de resolución alternativa de conflictos y los principios que dichos procedimientos deben respetar, pero no regula la forma de los mismos³⁵.

A su vez, el alcance de la Directiva 2013/11/UE excede al del Reglamento (UE) 524/2013, toda vez que se aplica a los litigios entre consumidores y comerciantes derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios, celebrados o no en línea, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios acreditada por la autoridad nacional correspondiente. Mientras que en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 524/2013 es más restringido en virtud de su principal objetivo: la creación de una plataforma web europea para la resolución de los litigios en línea³⁶. Sin

³² J.M. SUÁREZ ROBLEDANO, “Breves consideraciones sobre la nueva plataforma digital de resolución de litigios de consumidores y sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Reglamento 524/2013 y Directiva 2013/11/UE)”, *La Ley Unión Europea*, mes 12, 2014, versión *on line*.

³³ Como establece el art. 5.2 Reglamento (UE) 524/2013, esta plataforma debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a consumidores y comerciantes para solventar sus conflictos derivados de transacciones en línea. También se debe tener en cuenta que corresponde a la plataforma, además de facilitar información sobre la resolución alternativa de conflictos y las entidades de resolución que cumplen los requisitos de calidad de la Directiva, ofrecer al reclamante un formulario electrónico de reclamación; informar de esta reclamación a la parte reclamada; determinar la entidad de resolución alternativa competente y transmitirle la reclamación; brindar gratuitamente un sistema electrónico de tramitación en línea y la traducción de la información necesaria para la resolución del conflicto que se intercambia a través de la plataforma, y presentar un sistema de comentarios que permita a las partes exponer su opinión sobre el funcionamiento de la propia plataforma y de la entidad de resolución alternativa que ha conocido del asunto (art. 5.4 Reglamento (UE) 524/2013).

³⁴ L. DOMÍNGUEZ RUÍZ, “La protección de los consumidores y usuarios en el ámbito europeo: resolución extrajudicial online de litigios en materia de consumo”, en E. CARBONELL PORRAS, (dir.), R. CABRERA MERCADO, (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 509.

³⁵ I. RALUCA STROIE, “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 238-239.

³⁶ Sucede que el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 524/2013 es limitado porque mantiene al margen ciertos conflictos derivados de las transacciones *offline*, transacciones entre personas que no sean consideradas consumidores, entre una empresa con sede de actividad en un Estado miembro y un consumidor extracomunitario, reclamaciones que no deriven de contratos de compraventa o prestación de servicios en línea y cuando el consumidor no entabla contacto directo con el comerciante (*Cfr.* A.E. VILALTA NICUESA, “La paradoja de la mediación en línea: recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 33, 2014, p. 32).

embargo, en opinión de ciertos autores, la plataforma corre el peligro de llegar a convertirse en una herramienta deshumanizada, al estar enfocada, casi en exclusiva, hacia la resolución de conflictos de consumo planteados, y donde muy escasamente se contemplan elementos de apoyo como por ejemplo, relativos a la provisión de información sobre los derechos de las partes.³⁷

12. Por lo tanto, la celebración en línea del contrato de consumo, origen de la controversia, constituye el requisito necesario para la aplicación del Reglamento (UE) 524/2013 y a su vez lo diferencia con el ámbito de aplicación de la Directiva 2013/11/UE³⁸. Ello comporta la necesidad de contemplar en paralelo la Directiva y el Reglamento pues entre ambos textos se produce de forma clara dos intersecciones: la primera es que la Directiva impone el deber de que cada país de la UE tenga una entidad que dé respuesta a los conflictos transfronterizos y la segunda es que esta infraestructura quede diseñada por el Reglamento mediante el uso de la plataforma ODR³⁹.

II. Estudio detallado

1. Ventajas en doble vertiente: consumidor-empresario

13. Esta solución alternativa, como ya se ha apuntado, ofrece la resolución de un eventual litigio de forma rápida, sencilla y asequible para los conflictos entre los consumidores y los comerciantes⁴⁰; no debemos obviar que para las empresas europeas también es útil disponer de instrumentos eficaces para mantener su reputación y preservar la confianza de sus clientes⁴¹.

³⁷ Vid. C. MARQUÉS CEBOLA, “La resolución en línea de litigios de consumo en la nueva plataforma europea ODR: perspectiva desde los sistemas español y portugués”, F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al Marco Europeo de Resolución Alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 385-386).

³⁸ La esencialidad radica en la operatividad de la plataforma europea de resolución de litigios a la que únicamente tienen acceso las reclamaciones sobre contratos celebrados en línea. Más allá de esta diferencia, las entidades de resolución son las mismas, ya sea en el contexto de los litigios a los que se aplica la Directiva ya sea en el contexto de los litigios a los que se aplica el Reglamento, en la medida que las entidades vinculadas a la plataforma han debido necesariamente recibir la acreditación por el procedimiento establecido en la Directiva. En cualquiera de los dos casos deberán acreditar ante la autoridad competente su capacidad para sustanciar íntegramente por medios electrónicos, los procedimientos que entran dentro de su competencia, para así permitir a los consumidores presentar de manera *on line*, una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios (Vid. PAREDES PÉREZ, J.I., “La Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 14-15, 2014-2015, p. 590).

³⁹ A.E. VILALTA NICUESA e I. BARRAL VIÑALS, “Puesta en marcha de la plataforma UR ODR y obligaciones derivadas del Reglamento UE nº 524/2013”, *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, ADICAE, Zaragoza, 2016, pp. 59-60.

⁴⁰ Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son sistemas utilizados históricamente para lograr el arreglo de diferencias, por ello, se revelan como medios extremadamente útiles y eficaces a los que cada vez se recurre más, siendo precisamente su renacimiento la nota de modernidad que predomina en el momento actual. Es necesario la creación de las condiciones necesarias para que estos mecanismos se fomenten bajo los principios de seguridad y previsibilidad (Vid. M^o.P. DIAGO DIAGO, “Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en A-L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 177-178).

⁴¹ Ésta es una tendencia extendida también en el panorama internacional, pues son arduos los esfuerzos llevados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) al dedicar el empeño de su grupo de trabajo III en la elaboración de un Proyecto de Reglamento sobre la materia (Vid *in extenso*, A. MADRID PARRA, “Elaboración de reglas de Naciones Unidas sobre solución de controversias por vía telemática”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 31, 2013, pp. 19-46). Los pilares fundamentales sobre los que se sustenta el grupo de trabajo de la citada Comisión se compendian en los siguientes puntos: a) la protección al consumidor responde a una política de interés público; b) establecer un sistema global diferenciado para la solución de controversias transfronterizas realizadas en gran número, pero de escaso valor; c) se deberán dar explicaciones claras y adecuadas acerca de todo acuerdo de solución de controversias que existiere, para que el consumidor sepa qué obligaciones va a asumir y las consecuencias de una eventual elección de la ley aplicable; d) el idioma del procedimiento ODR, y por tanto la plena comprensión de las actuaciones, resultan primordiales para el consumidor (Vid. E. RUBIO TORRANO, “Resolución por vía informática de controversias surgidas en operaciones transfronterizas de comercio electrónico”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 5, 2012, versión *on line*).

No cabe duda de que la UE necesita contar con un derecho de consumo uniforme. La legislación europea reconoce a los consumidores una serie de derechos, sin embargo, para que esos derechos tengan un valor práctico, debe haber mecanismos económicos, que permitan garantizar que los consumidores puedan ejercerlos efectivamente⁴².

Los procedimientos de solución alternativa de conflictos son considerados como tales porque reúnen a las partes enfrentadas con la finalidad de facilitar una solución amistosa, incluso con medidas ejecutivas forzosas derivadas, o combinándose la mediación con la solución impuesta en caso de fracasar la primera de ellas⁴³.

2. Principios inspiradores

14. Sobre la base de lo que acabamos de exponer, los principios que sostiene la resolución alternativa de conflictos son los siguientes: la calidad técnica del operador de conflictos (conocimientos especializados), independencia e imparcialidad, transparencia, eficacia y rapidez, accesibilidad al ADR⁴⁴, equidad (no justicia), libertad de elección, legalidad (por imperio de la tutela judicial), protección de datos, intercambio seguro de la información e información amplia, de fácil acceso y comprensión para el consumidor⁴⁵.

15. A pesar de la voluntad del legislador comunitario, hay algún sector doctrinal que afirma que no se ha conseguido acabar ni con la desconfianza que tienen los consumidores en las relaciones comerciales transfronterizas ni con la desigualdad competitiva entre los comerciantes. Esto provoca que, en algunos Estados miembros, se encuentren con recursos insuficientes para la resolución alternativa de los conflictos surgidos en sus relaciones contractuales, frente a otros Estados, con unos procedimientos de alta calidad, donde se pueden resolver estas controversias a través de fórmulas ágiles, rápidas y eficaces⁴⁶.

3. Impacto en las Nuevas Tecnologías

16. Las TIC's⁴⁷ han constituido un elemento singular que ha ayudado a optimizar los litigios de consumo, adquiriendo especial interés cuando el consumidor que reclama y la empresa que recibe la reclamación se encuentran en países diferentes. Sin duda, el avance tecnológico ha permitido reducir los

⁴² En este sentido, la fragmentación judicial europea puede dificultar la solución de controversias transfronterizas (*Vid.* E. VÁZQUEZ DE CASTRO, "Resolución de litigios "en línea" en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 32, 2013, versión *on line*).

⁴³ La mediación como sistema de resolución de conflictos no sólo ayuda a las partes a resolver sus controversias antes de iniciar un proceso judicial, que es lo que se conoce como mediación extrajudicial, sino que también ayuda a las partes a resolver su litigio una vez iniciado el procedimiento en lo que se denomina mediación intrajudicial (*Vid.* M.C. RAYÓN BALLESTEROS, "Mediación intrajudicial civil y mercantil en España", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2016, versión *on line*; A. TORRES GÁMEZ, "Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015, versión *on line*).

⁴⁴ Para que dichos sistemas puedan ser admitidos en el ámbito europeo es preciso que su configuración responda a una serie de exigencias mínimas y que se resuelvan algunos problemas específicos como por ejemplo, los relativos a la accesibilidad del sistema, la eficacia del convenio arbitral electrónico o la garantía de ejecución del laudo arbitral electrónico. La visión de la configuración actual de los sistemas de ODR permite apreciar que dichos sistemas no están configurados respondiendo a las exigencias de protección del consumidor en el acceso a la justicia a través de vías extrajudiciales. Ello es debido a que los procedimientos que se aplican responden a criterios procedentes de la autorregulación, donde la idea de protección del consumidor no resulta prioritaria (*Vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, "Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo", en F. ESTEBAN DE LA ROSA, y G. OROZCO PARDO G. (dirs.), F.J. GARRIDO CARRILLO, (coord.), *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 217-222).

⁴⁵ *Cfr.* O.D. FRANCO CONFORTI, "Compliance en resolución de litigios en línea en materia de consumo", *Diario La Ley*, núm. 8777, 2016, versión *on line*.

⁴⁶ *Cfr.* Y. AGUILAR OLIVARES, "Un paso más hacia el consumidor europeo: la nueva regulación de los ADR de consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, p. 38.

⁴⁷ La llegada de las nuevas tecnologías, la globalización y la internacionalización de las relaciones sociales, han generado normativas sofisticadas, que, por su propia naturaleza, crean procesos mucho más lentos y costosos. Es en este contexto donde se produce el nacimiento de los "alternative dispute resolution". Estos mecanismos surgen con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los tribunales, como una auténtica última instancia (*Vid.* C. MACHO GÓMEZ, "Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa", *Anuario de derecho civil*, vol. 67, núm. 3, 2014, pp. 934-935).

costes e incrementar el acceso a la justicia y abrir a los proveedores ODR “On line Dispute Resolution”⁴⁸ la posibilidad de llevar a cabo la funcionalidad de los centros europeos de consumo⁴⁹. La tecnología abre la posibilidad de construir una mayor cooperación entre los procesos judiciales y extrajudiciales ya que se traslada a los litigantes a la opción de reparación más adecuada⁵⁰.

En este entorno asistimos al nacimiento de los denominados mecanismos de resolución de conflictos *on line*: ODR, que estructuran y permiten resolver las controversias virtualmente, si no en todas las fases del procedimiento, si en gran parte del mismo⁵¹. El espíritu del ODR debe ser el llevar a cabo las principales comunicaciones y actividades procesales electrónicamente, acudiendo a los medios tradicionales únicamente cuando razones justificadas así lo exijan o sea conveniente para una mayor eficacia y calidad en la resolución del conflicto⁵². De hecho, el surgimiento del mismo constituye la creación de confianza en los entornos virtuales donde las relaciones no son presenciales, las comunidades son abiertas y debe forjarse una sensación asequible de seguridad para los cibernautas mediante la introducción de referencias funcionalmente equivalentes al mundo presencial⁵³.

17. La tecnología actúa en las ODR como facilitadora en tres grandes ámbitos de la resolución de conflictos: la comunicación entre las partes, la gestión del proceso y el aumento de la interactividad⁵⁴.

⁴⁸ ODR no es un concepto legal, sino una definición utilizada por la práctica; bajo este acrónimo tienen cabida procedimientos o técnicas de solución de litigios que utilizan la tecnología de la comunicación y la información. La denominación *online*, significa que el método de provisión del servicio es suministrado en línea (Cfr. F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo”, en F.J. GARRIDO CARRILLO y F. ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dirs.), G. OROZCO PARDO (coord.), *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 172).

⁴⁹ La tendencia de operadores globales a tratar de prestar sus servicios a escala global conforme a unas reglas uniformes y con sometimiento en todo caso a los tribunales de un mismo país (típicamente su país de origen) obedece a una obvia racionalidad económica. Ese planteamiento facilita el control de sus riesgos legales y reduce los costes asociados a ese control, al pretender evitar tener que adaptar la prestación de sus servicios a las legislaciones de las decenas de países en las que se encuentran los destinatarios de los mismos. Además, busca concentrar todos los litigios relativos a la prestación de tales servicios en los que se pueda ver implicado ante los tribunales de un único lugar previamente seleccionado por el predisponente (Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Entrenamiento en línea y protección de los consumidores”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 15, 2012, pp. 21-23).

⁵⁰ P. CORTÉS, *The Law of consumer Redress in an Evolving Digital Market: upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017, pp. 67-98.

⁵¹ La tecnología ODR pone fin a cualquier limitación geográfica que pueda existir entre dos o más partes permitiendo que todo el proceso arbitral se desarrolle en salas virtuales; si bien, se puede afirmar que el arbitraje telemático se vislumbra como el medio óptimo para la solución de conflictos generados en Internet (Vid. L. ABELLÁN TOLOSA, “El ejercicio de los derechos de los consumidores europeos”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, 2012, versión *on line*; R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA y E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Resolución de disputas en línea (RDL): las claves de la mediación en línea*, Reus, Barcelona, 2013; *id.* “ADR y acceso a la justicia en la UE: la resolución de conflictos a través del arbitraje de consumo”, en V. PARDO IRANZO, (coord.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 213-249; M. GISBERT POMATA, “El arbitraje de consumo electrónico”, en A. HERRÁN, A. EMALDI, A. CIRIÓN, y M. ENCISO, (eds.), *Derecho y nuevas tecnologías*, vol. 2, Universidad de Deusto, 2011, pp. 250-252; D. MARCOS FRANCISCO, “El arbitraje de consumo on line en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 96, 2008, pp. 3-54; A. MONTESINOS GARCÍA, “El arbitraje de consumo virtual”, en L. COTINO HUESO, (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 257-272; L. MORENO BLESÁ, “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 97, 2008, pp. 3-59; E. RUBIO TORRANO, “Resolución por vía informática de controversias surgidas en operaciones transfronterizas de comercio electrónico”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 5, 2012, versión *on line*; V. ZENO-ZENCOVICH, y M^a.C. PAGLIETTI, “Le droit processuel des consommateurs”, *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 91, núm. 3, 2014, pp. 333-335).

⁵² La resolución de conflictos y las nuevas tecnologías de la información se combinan en una importante y nueva herramienta, en un nuevo sistema de solución de conflictos que une la eficiencia de los ADR con el poder de Internet a la hora de ahorrar dinero y tiempo y ofrecernos otras muchas ventajas (Vid. R. PÉREZ MARTELL, “Adquisición on-line de productos turísticos y los ADR / ODR”, en A. PÉREZ-CRUZ MARTÍN y X. FERREIRO BAAMONDE, (dirs.), A. NEIRA PENA (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Universidade da Coruña, 2012, p. 619). En general el sistema ODR debe asegurar un nivel suficiente desde el ámbito tecnológico, incluyendo información para las partes y de este modo proteger sus intereses y que todos los datos volcados en la plataforma estén seguros (Vid. A. JAROSLAV VALERIEVICH, “Remote and alternative international dispute resolution”, *Czech yearbook of international law*, vol. VII, 2016, pp. 23-24).

⁵³ I. BARRAL VIÑALS, “La regulación de las Online Dispute Resolution (ODR) en el ámbito del consumo”, *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, ADICAE, Zaragoza, 2016, pp. 32-35.

⁵⁴ Esto significa que los mecanismos de resolución de litigios se vuelven más proactivos: en lugar de esperar que cada parte

Los niveles de penetración de la tecnología son diversos, desde la traslación en línea de procesos de mediación y arbitraje hasta los procesos sin intervención humana como la negociación automática, pasando por el *crowdsourcing* ODR⁵⁵.

Dado que vivimos inmersos en la llamada “Sociedad de la información”, se debe disponer de mecanismos efectivos que permitan disolver cualquier diferencia o dificultad con el empresario a través de Internet o de plataformas virtuales⁵⁶. Las plataformas tecnológicas son los intermediarios de base tecnológica, es decir, los sistemas informáticos para la generación, envío, recepción, archivo e intercambio de comunicaciones electrónicas en los procesos en línea; en ningún caso debe ser confundidos con los proveedores de servicios ODR⁵⁷.

Así, los procesos judiciales en línea son particularmente adecuados para resolver controversias cuando las partes no son capaces de llegar a acuerdos consensuados, y especialmente cuando existe disparidad de poder entre las partes o es necesario revisar decisiones anteriores⁵⁸.

4. Eslabón básico: la autonomía de la voluntad

18. La puerta de entrada a esta metodología es la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁹: éstas, voluntariamente, han de optar por renunciar a la vía jurisdiccional y acudir a un mecanismo ADR⁶⁰.

perjudicada se queje, uno puede abordar proactivamente el problema una vez que se nos alerta de su existencia incluso antes de que el próximo consumidor agraviado se queje del problema, y tal vez incluso antes de darse cuenta (*Vid.* E. KATSH y O. RABINOVICH-EINY, “Promesas y desafíos para la resolución en línea en Europa”, F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de Resolución Alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 366).

⁵⁵ Cfr. I. BARRAL VIÑALS, “Tecnología y conflictos en la era de internet: la utilidad de las Online Dispute Resolution”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, núm. 1, 2016, p. 68.

⁵⁶ Las ODR, son por tanto, la respuesta inmediata a la necesidad de proporcionar métodos sencillos, ágiles y a menor coste para resolver litigios entre consumidores y comerciantes derivados de la compraventa de bienes y servicios en línea; el binomio, ADR-ODR, permitirá una optimización de los procedimientos y una mejora en la adecuación al tipo de disputa subyacente del contrato principal (*Vid.* A.I. BLANCO GARCÍA, “De las ADR a las ODR en los conflictos de consumidores bancarios”, en S. BARONA VILAR (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016, pp. 158-159). El ODR es claramente adecuado para resolver las disputas de consumo, en particular las que surgen del comercio electrónico. Incluso para disputas más complejas, la tecnología ODR también puede ofrecer herramientas valiosas a los terceros neutrales; es necesario que la plataforma ODR haga hincapié en la resolución temprana, empleando un instrumento efectivo de negociación y utilizando incentivos para que las partes participen en los procesos de ODR, y así llegar a acuerdos rápidos y para asegurar el cumplimiento de los resultados finales (*Vid.* P. CORTES, y A.R. LODDER, “Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-Court Redress”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 2014, pp. 37-38).

⁵⁷ A.E. VILALTA VINUESA, “La resolución de conflictos en línea”, *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, ADICAE, Zaragoza, 2016, pp. 20-21.

⁵⁸ Actualmente existe una tendencia a resolver las controversias mediante un proceso escalonado que comienza con métodos informales y autocompositivos, y progresa de manera gradual y subsidiaria hacia métodos formales y heterocompositivos. Por lo general, la resolución de controversias B2C se intenta primero directamente con el servicio de atención al cliente de la empresa, con la cual el consumidor tiene la controversia. De no resolverse la queja inicial, las partes pasan a usar métodos autocompositivos (por ejemplo, la negociación asistida, la negociación automática y la mediación en línea). El siguiente paso es el arbitraje en línea; y por último encontramos el proceso judicial. El objetivo es obtener acuerdos de manera más rápida, efectiva y menos costosa (*Vid.* P. CORTÉS, “Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea”, *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 10, 2010, pp. 7-8).

⁵⁹ El sistema se basa en el carácter voluntario de la sumisión a cada ADR. La voluntariedad ha sido siempre observada como un principio evidente de la mediación. Por lo tanto, la sumisión es voluntaria tanto para las empresas como para los consumidores, y, por esta razón, la participación en un proceso de mediación o arbitraje no puede ser impuesta (*Vid.* I. BARRAL VIÑALS, “Si no queda satisfecho... ¡reclame!: el futuro de la resolución de conflictos de consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, p. 4; M. LOOS, “Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, pp. 74-75).

⁶⁰ Nos encontramos aquí con el primer elemento para valorar la calidad de los mecanismos extrajudiciales: sólo la libertad de las partes es su fuente y justificación. En este sentido, en el sistema extrajudicial configurado por la UE se exige a los Estados que velen por que el acuerdo entre consumidor y comerciante, para someter un conflicto a una entidad de resolución alternativa, no sea vinculante, para el primero, cuando se haga antes de que surja el conflicto y tenga por efecto privar a aquél de su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales (Cfr. I. ORDEÑANA GUEZURAGA, “Lectura crítica del sistema extrajudicial de resolución del conflicto de consumo en la Unión Europea que prevén la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento UE 524/2013”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, p. 2231).

Esta acción de la autonomía de la voluntad preside la determinación del arreglo de las controversias transfronterizas. Ello permite a las partes no sólo escoger el método de solución que estimen más conveniente, siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público, sino también establecer, o bien, el mecanismo de arreglo entre las propias partes o bien, el grado de participación y funciones del tercero interviniente⁶¹.

19. El método para resolver el conflicto en las técnicas extrajurisdiccionales, se basa en la cooperación entre las partes, huyendo del espíritu adversativo que guía la vía jurisdiccional. Para ello, con el auxilio de un tercero⁶², mediante el diálogo, las partes descubren las causas de sus conflictos, transformándolos en resultados positivos y evitando futuros.

En vista de ello, en todo mecanismo ADR se exige la participación de un tercero (*third neutral*) que ayuda a las partes a componer sus diferencias. Éste puede ser unipersonal o pluripersonal, exigiéndose en este último caso a los Estados, que velen por que estén representados, con el mismo número de personas, los intereses de los consumidores y los comerciantes.

III. Fundamento y razones de la Directiva 2013/11/UE

1. Propósito en su aplicación

20. La Directiva tiene como principal postulado resolver por vía sencilla, eficaz, rápida y asequible⁶³, los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios sin restringir el acceso a los órganos jurisdiccionales⁶⁴.

A pesar del carácter facultativo del recurso a la vía extrajudicial, el art. 1 Directiva 2013/11 en su segunda parte introduce una excepción que “pone el dedo en la llaga” en lo que se refiere a la interpretación del principio de voluntariedad, presupuesto básico y clave de bóveda de las metodologías ODR y ADR, cuando dice “(...) se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”⁶⁵.

21. Hay que destacar que la Directiva no contiene un elenco de procedimientos de resolución alternativa de litigios de consumo, ni establece una regulación mínima de cada uno de ellos. Tampoco impone a los Estados miembros la adopción de uno u otro modelo de resolución alternativa de conflictos. Ni siquiera se refiere a los efectos que han de producir los acuerdos que en ellos se alcancen o las

⁶¹ Cada vez es más frecuente que las partes traten de resolver la controversia por la vía de la negociación, entendida como un esfuerzo mutuo y voluntario de éstas para resolverla amistosamente sin dar entrada a nadie que sea ajeno al asunto. Las ventajas de este mecanismo son suficientemente conocidas: carácter voluntario, económico, antiformalista y con mínimo riesgo para la parte que no esté satisfecha de cómo se desarrolla (*Vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 100-101).

⁶² Unas veces los terceros ayudan a las partes a aproximar sus posiciones o median para que éstas consigan un acuerdo, por ejemplo en la mediación o la conciliación. Otras veces son los terceros los que resuelven el conflicto dictando cuál es la solución, como es el caso del arbitraje, o cuando los daños se liquidan en el procedimiento administrativo sancionador (*Vid.* M.J. MARÍN LÓPEZ, “Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año núm. 33, núm. 136, 2014, versión *on line*).

⁶³ Los elementos en la resolución de los ODR han de ser mecanismos extrajurisdiccionales realmente eficaces y de calidad; la génesis del movimiento ADR, en general, y de las técnicas extrajurisdiccionales, en particular, está la solución eficaz o de calidad de los conflictos. (*Vid.* I. ORDEÑANA GUEZURAGA, *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 30-31).

⁶⁴ A. FEJÓS y C. WILLET, “Consumer Access to Justice: The Role of the ADR Directive and the Member States”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, pp. 33-60.

⁶⁵ R. LUQUIN BERGARECHE, “La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: especial referencia al principio de voluntariedad de las ADR en su interpretación por la STJUE de 14 de junio de 2017”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2017, versión *on line*.

decisiones que ponen fin a los mismos⁶⁶. Se limita a fijar unos mínimos de calidad en relación a las entidades encargadas de la resolución de los conflictos y a los procedimientos de resolución⁶⁷.

Con ello, se pretende garantizar que los consumidores puedan presentar reclamaciones ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios con unos niveles de calidad armonizados. A tal efecto, somete a las entidades de resolución de conflictos a una serie de requisitos de obligado cumplimiento, que serán objeto de evaluación antes de resultar incluidas en la lista de entidades acreditadas⁶⁸.

22. La Directiva no tiene como objetivo el desarrollo de los procedimientos existentes, sino que pretende obligar a cada Estado miembro a que faciliten a los consumidores el acceso a las entidades acreditadas. Se debe tener en cuenta, que la mediación⁶⁹ y el arbitraje no sólo serán los procedimientos para el arreglo de conflictos⁷⁰, sino también se pueden contemplar otros tales como, la conciliación, el arreglo facilitado, la recomendación del tercero neutral, o los mediadores de empresa⁷¹.

La peculiaridad más importante radica en cumplir un sistema adecuado de resolución de los litigios de manera electrónica teniendo como base el respeto de las tradiciones jurídicas de cada Estado. Este dato es esencial, puesto que la Directiva no tiene como pretensión el establecimiento de procedimientos específicos de resolución alternativa, sino que su finalidad es lograr la consolidación de una obligación para los Estados miembros de facilitar a los consumidores el acceso a entidades que cumplan con los re-

⁶⁶ La cláusula mínima de armonización ofrece un margen de maniobra hacia los legisladores internos; sin embargo, el riesgo es que las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de ADR podrían considerarse una barrera para el mercado interior (*Vid.* E. THÉOCHARIDI, “Effectiveness of the ADR Directive: Standard of Average Consumer and Exceptions”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, pp. 115-116).

⁶⁷ *Cfr.* M.J. MARÍN LÓPEZ, “Algunas cuestiones sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo: voluntariedad del sometimiento al mecanismo extrajudicial, carácter vinculante de la solución alcanzada y estatuto de la persona encargada de la decisión del conflicto”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2016, versión *on line*.

⁶⁸ A las entidades de resolución alternativa se les exige, fundamentalmente, transparencia y accesibilidad; a las personas encargadas de la solución del litigio, por su parte, conocimientos especializados e imparcialidad; finalmente, los procedimientos empleados deben ajustarse a los principios de eficacia, equidad y libertad. Por su parte, ante el fundado temor de desconocimiento de las vías extrajudiciales de solución de conflictos de consumo por parte de los interesados –consumidores y comerciantes–, se pone un especial énfasis en garantizar el acceso a las entidades de resolución alternativa, mediante sendas obligaciones, a saber: mantenimiento de un sitio de Internet actualizado e inadmisión de un litigio sólo por causas tasadas y mediante resolución motivada (*Vid.* F. VALBUENA GONZÁLEZ, “La protección del consumidor europeo: alternativas a la vía judicial”, *Revista de estudios europeos*, núm. 66, 2015, pp. 63-65).

⁶⁹ La mediación comercial internacional puede definirse en términos técnicos como un método de resolución de conflictos por el que las partes de una disputa surgida de una transacción mercantil internacional intentan resolverla a través de un proceso de negociación facilitado o dirigido por un tercero neutral, que carece poder de decisión sobre la disputa y las partes; la mediación es un proceso meramente consensual (*Vid.* L. FERNANDO RODRÍGUEZ, *Mediación Comercial Internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 35-48). En cuanto al carácter transfronterizo de los conflictos sometidos a mediación, *vid.* M. GÓMEZ JENE, S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR y F.F. GARAU SOBRINO, “Cuestiones de derecho procesal civil internacional”, F. LÓPEZ SIMÓ y F.F. GARAU SOBRINO, *Mediación en materia civil y mercantil: Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52 CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 325-364; G. PALAO MORENO, “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012”, *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012, versión *on line*.

⁷⁰ La conciliación / mediación y el arbitraje poseen funciones jurídicas diferentes: mientras que la primera es un mecanismo o alternativa no procedimental de resolución de controversias a través de la cual las partes tratan de superar el conflicto con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, que debe obedecer a unos principios éticos específicos, el segundo, es un procedimiento contradictorio *sui generis*, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros, que transitoriamente quedan investidos de competencia para proferir un laudo (*Vid.* L.A. CUCARELLA GALIANA, “La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26, 2012, versión *on line*; M^a.A. FODDAI, “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?”, en L. GARCÍA VILLALUENGA, J.L. TOMILLO URBINA y E. VÁZQUEZ DE CASTRO, (dirs.), C. FERNÁNDEZ CANALES, (coord.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Barcelona, pp. 41-62).

⁷¹ El incremento del número de asuntos judiciales se viene abordando en los países de nuestro entorno a través de diferentes vías, entre las que cabe destacar, últimamente, la implementación de otros sistemas de resolución fuera de la jurisdicción conocidos por la doctrina internacional, según las siglas inglesas, como ADR (*Alternative Dispute Resolution*) y que son, fundamentalmente, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Por lo tanto, los ADR serán aquellos procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del sistema judicial de forma pacífica y jurídicamente admisible, dando una prevalencia a la autonomía de las propias partes (*Vid.* STSJ de Cataluña, de 9 de diciembre de 2013 [ECLI:ES:TSJCAT:2013:13862]).

quisitos de calidad que prevé. Así lo dispone el considerando núm. 24 y el art. 5.3 de la Directiva 2013/11/UE. Ahora bien, en el caso español, la obligación que impone la norma comunitaria está cubierta por el Sistema Arbitral de Consumo. Las Juntas Arbitrales de Consumo, son las únicas instituciones que de manera extrajudicial resuelven conflictos referidos a la contratación con consumidores⁷².

2. Ámbitos de aplicación

23. En cuanto a la aplicación personal, la Directiva 2013/11/UE, se aplica a los conflictos que surjan como fruto de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, por lo que quedan excluidos los contratos entre comerciantes⁷³.

Desde el punto de vista espacial, se aplicará a los litigios transfronterizos europeos, igualmente nacionales e internacionales, con el requisito de que las partes se sometan al litigio ante una entidad de resolución establecida en un Estado Miembro y notificada a la Comisión Europea⁷⁴.

Y por último, desde la óptica objetiva de la norma, la aplicación de las normas europeas queda supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos: en primer lugar, que las controversias tengan su origen en un contrato de compraventa⁷⁵ o de prestación de servicios⁷⁶; en segundo término, que las reclamaciones se presenten ante entidades acreditativas que ofrezcan de manera permanente los procedimientos de resolución alternativa de litigios. Así las cosas, lo trascendente en este ámbito objetivo de aplicación es que la entidad que aspire a ser acreditada y notificada esté establecida de manera duradera para la resolución de este tipo de conflictos.

24. En consecuencia, se trata de un ámbito de aplicación limitado o acotado por el propio legislador, lo cual es llamativo con la propia rúbrica de la Directiva 2013/11/UE que podría inducir a error debido a la amplitud de su redacción: “resolución alternativa de litigios en materia de consumo”⁷⁷.

⁷² La Directiva 2013/11/UE propone a los Estados miembros la implantación de sistemas de resolución alternativa de conflictos de consumo, sean estos del tipo que sean, siempre que cumplan con los requisitos de acreditación. Cabe aquí no sólo la mediación, sino también el arbitraje, la conciliación, la negociación, intermediación o cualquier otro nombre que se quiera dar a un procedimiento que busque la resolución extrajudicial de un conflicto de consumo; las modalidades pueden ser muy variadas, podríamos hablar de mediación electrónica, procesos simplificados de mediación, arbitraje electrónico o procesos de negociación automática, sistemas que se utilizan en la actualidad para la resolución alternativa de conflictos de todo tipo (*Vid. L. GARCÍA MONTORO, ““Nuevo” modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, pp. 19-23).

⁷³ La Directiva, excluye de su ámbito de aplicación aquellos procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor (art. 2.2. g), en cambio el Reglamento (UE) 524/2013 los incluye, siempre que de acuerdo con lo establecido en su art. 2.2., sea permitido la legislación nacional del Estado miembro de la residencia habitual del consumidor. Este diferente ámbito de aplicación es difícil de entender, pues no queda justificado el afán de la Comisión Europea en favorecer el comercio electrónico intracomunitario (*Vid. A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ y J.I. PAREDES PÉREZ, “La reforma de la normativa española a la luz de la Directiva 2013/11 UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”*, en G. PALAO MORENO (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 152-153).

⁷⁴ La norma de transposición española será aplicable siempre que la entidad de resolución solicite la acreditación ante la autoridad competente designada por el Estado español y se halle lógicamente establecida en territorio español.

⁷⁵ La Directiva define el contrato de compraventa como aquel en el cual el comerciante transfiere o se compromete a transferir al consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios.

⁷⁶ Éste se define como aquel en el que el comerciante presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un determinado precio. Estos servicios se caracterizan por realizarse en ausencia de contraprestación económica, englobando servicios prestador por el Estado o en su nombre sin recibir una retribución a cambio e igualmente las funciones básicas del Estado. Por ello quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma, los servicios relacionados con la salud, prestados a pacientes por un profesional sanitario así como la extensión de recetas, medicamentos y productos sanitarios (*Vid. A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ y J.I. PAREDES PÉREZ, “La reforma de la normativa española a la luz de la Directiva 2013/11 UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”*, en G. PALAO MORENO (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 153-154).

⁷⁷ *Cfr. C. FUENTESECA DEGENEFFE, “El principio de transparencia, la eficacia y la equidad en la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 y su transposición al Derecho español”*, en S. DÍAZ ALABART y M^a. T. CARRANCHO HERRERO (dirs.), C. FUENTESE-

3. Principios aplicables a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo

A) Observación inicial

25. La regulación ofrecida por la Directiva 2013/11/UE acoge una serie de principios que se deben estimar como requisitos obligatorios impuestos especialmente a las entidades acreditadas que serán las encargadas de la resolución alternativa de los eventuales litigios. Es por ello que las entidades acreditadas en España deberán respetar las exigencias a que se refiere la Directiva 2013/11/UE⁷⁸.

B) Principio de independencia e imparcialidad

26. Las entidades o personas que ejerzan la resolución del conflicto no deben guardar interés alguno con ninguna de las partes y facilitarán información sobre su imparcialidad y competencia antes de que dé comienzo el procedimiento; pues un mecanismo privado únicamente puede ser de calidad y eficaz bajo la constante y total actuación neutral del tercero⁷⁹.

Es por ello que han de ser nombrados por un período de tiempo determinado, sin que puedan ser destituidos sin causa justificada. De manera especial, debe garantizarse que no existan presiones en caso de que el experto esté contratado por el comerciante o reciba cualquier tipo de retribución de éste⁸⁰. Por tanto, tales procedimientos para ser considerados como “resolución alternativa” al amparo de la Directiva 2013/11/UE, deberán establecerse bajo determinados requisitos; en todo caso, si las personas encargadas están contratadas por una organización profesional o asociación empresarial de la que sea miembro el comerciante, o reciban alguna retribución exclusivamente de tal organización, deben disponer de un presupuesto independiente y específico suficiente para el desempeño de sus funciones.

C) Principio de conocimiento especializado

27. La Directiva incide en que las personas físicas que eventualmente se encarguen de la resolución del conflicto en cuestión, deben poseer una especialización en la materia para así garantizar la confianza necesaria en tales procedimientos y poder alcanzar el posible éxito de la resolución alternativa del litigio⁸¹.

CA DEGENEFTE (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017, p. 98.

⁷⁸ Los principios de la Directiva 2013/11/UE deben ser acogidos teniendo en cuenta la eficacia que hoy en día tienen las entidades de mediación de consumo, que resuelven muchos casos a través de una mediación de tipo informal o espontánea. Resulta necesario hacer una construcción del régimen de la mediación de consumo que dé amparo a esta práctica y, al mismo tiempo, permita el cumplimiento del Derecho europeo (*Vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, núm. 25, 2017, pp. 29-30).

⁷⁹ *Vid.* Art 23 Ley 7/2017.

⁸⁰ La Directiva 2013/11/UE excluye de su ámbito de aplicación a aquellas entidades que estén financiadas por la empresa contra la que se ha presentado la reclamación. No obstante, el texto contempla que los Estados miembros pueden autorizar procedimientos ante esta clase de entidades como procedimientos sometidos a la Directiva. Ahora bien, el legislador tendrá que prestar atención a la necesidad de exigir el cumplimiento de garantías adicionales de independencia. En España, no existe una tradición general respecto de este tipo de mediación, sí cabe detectar alguna figura como es el “defensor del cliente”, cuya fisonomía responde a esa caracterización (*Vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Claves para la incorporación al Derecho español del nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa de litigios”, en G. PALAO MORENO, (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 109).

⁸¹ La novedad que presenta la Directiva 2013/11/UE es que huye del método tradicional de atención al cliente incardinado orgánica y funcionalmente en la empresa (*Vid.* M^a.T. ÁLVAREZ MORENO, “Los servicios de atención al cliente como posible mecanismo de ADR en litigios de consumo”, en S. DÍAZ ALABAR y M^a.T. CARRANCHO HERRERO (dirs.), C. FUENTESECA DEGENEFTE (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017, p. 280).

Ello implica que tales expertos tengan formación general en la esfera jurídica que les permita comprender las connotaciones legales en torno al litigio además de una comprensión global del Derecho⁸².

D) Principio de transparencia

28. Las entidades de resolución alternativa deben ser accesibles y transparentes. Por ende, las partes deben tener acceso a la información que necesitan para tomar una decisión de manera previa al inicio de un procedimiento de resolución alternativa. Asimismo, las partes obtendrán la información de manera clara y sencilla, que recoja los datos de las personas de contacto, así como el funcionamiento y la disponibilidad del procedimiento, y el valor de la solución acordada para resolver el litigio⁸³. Ante una ocasional solución del litigio acordada por las partes, ésta debe quedar registrada en un soporte duradero y se precisarán con claridad los términos y argumentos sobre los que se asienta.

E) Principio de eficacia en el procedimiento

29. Se prevé el derecho de acceso de las partes al procedimiento de resolución alternativa sin la obligación de ser asistidas por letrado o asesor jurídico.

Además, se obligará a la entidad de resolución alternativa notifique de manera inmediata a los litigantes la recepción de todos los documentos con la información pertinente en lo que concierne a la reclamación y a solicitar cualquier documentación que pudiese ser de interés adicional.

Desde esta perspectiva, el procedimiento de resolución alternativa debe ser fácilmente accesible, tanto en línea como no para ambas partes, independientemente del lugar donde se encuentren⁸⁴. En el supuesto de litigios de índole particularmente compleja, la entidad de resolución alternativa responsable podrá, si lo considera oportuno, ampliar el plazo de noventa días naturales, informando asimismo a las partes del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio.

F) Principio de equidad y contradicción

30. La base de este principio es instaurar que en los procedimientos de resolución alternativa, las partes estén informadas a comparecer por sí mismas o debidamente representadas. Unido a ello, se debe garantizar el principio de igualdad entre las partes, para así mantener el equilibrio entre las mismas⁸⁵. Es decir, las partes pueden expresar su punto de vista en un plazo razonable, recibir de la entidad de resolución alternativa los argumentos, las pruebas, los documentos y los hechos presentados por la otra

⁸² Realmente no se ha establecido un perfil concreto sobre quién puede ejercer tal función y bajo qué condiciones; creemos que sería necesario una delimitación mínima al respecto (*Vid.* en este sentido, E. STORSKRUBB, “Alternative Dispute Resolution in the EU: Regulatory Challenges”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, pp. 22-259).

⁸³ En el supuesto de los comerciantes, la Directiva 2013/11/UE les exige que informen a los consumidores de forma clara y precisa de las entidades de Resolución alternativa que estén adheridas o sometidas (art. 21). Además, este objetivo se ve aún más reforzado en el Reglamento (UE) 524/2013, pues en su art. 14.1º se establece la obligación a los comerciantes establecidos en la UE y que celebren contratos *on line*, de informar de la plataforma a través de un enlace electrónico en sus sitios de Internet. Por tanto, los consumidores podrán acceder con más facilidad a las entidades de resolución alternativa de litigios establecidas en otros Estados miembros las cuales resultarán competentes para intervenir en un litigio transfronterizo.

⁸⁴ Los problemas más relevantes que pueden darse en relación con el cumplimiento del principio de eficacia es el pago de un precio simbólico (*Vid.* A. CUENCA GARCÍA, “Los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución de litigios en materia de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español”, en G. PALAO MORENO (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 77-79).

⁸⁵ La percepción que tienen los consumidores en torno a la Directiva 2013/11/UE es de un instrumento eficaz y justo, pues está sustentada para que el consumidor acceda al arreglo de controversia con el menor coste económico posible. También, la Directiva intentar aliviar las posibles dudas de los consumidores en cuanto al umbral equidad del sistema de ADR en comparación con los procedimientos judiciales; si bien, hay autores que afirman que es evidente que sería útil llevar a cabo investigaciones empíricas para percibir esta verdadera equidad (*Vid.* J. LUZAK, “The ADR Directive: Designed to Fail? A Hole-Ridden Stairway to Consumer Justice”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, p. 101).

parte, cualesquiera declaraciones realizadas y dictámenes de expertos, y puedan presentar alegaciones al respecto⁸⁶.

G) Principio de libertad

31. Todo acuerdo entre consumidor y comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad no debe ser vinculante para el primero cuando se haya celebrado antes de que se materialice el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución de tal litigio⁸⁷.

H) Principio de legalidad

32. Este principio permite garantizar la aplicación de la legislación imperativa de protección al consumidor, ya se trate de litigios internos o de litigios transfronterizos⁸⁸. En ningún caso se debe privar al consumidor de la protección que le proporcionan las normas tuitivas que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley⁸⁹. Ante la existencia de un conflicto de leyes, si la ley aplicable al contrato se determina con arreglo a lo señalado en el art. 6 Reglamento (CE) 593/2008 la posible solución impuesta por la entidad alternativa no puede dar lugar a que el consumidor se vea privado de la protección ofrecida por disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual⁹⁰.

⁸⁶ Según argumenta el experto Prof. Dr. D. Fernando Esteban de la Rosa, asesor externo de la DG SANCO para la preparación de las propuestas de la Directiva 2013/11/UE y del Reglamento (UE) 524/2013 a través del contrato de investigación de la Comisión Europea –DG SANCO/2011/B4005–, para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos respecto de reclamaciones transfronterizas resulta necesario que cierta información mínima sea transmitida en el idioma del consumidor, o al menos, en la lengua en que la reclamación fue presentada. En ningún caso debería ser suficiente el empleo para este fin el idioma en que fue realizada la transacción (Cfr. F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, p. 136).

⁸⁷ El objetivo de tal principio, es garantizar al consumidor el derecho a elegir la tutela de los jueces y tribunales; además de esto se debe garantizar que la voluntad del consumidor sea expresada y formada libremente, renunciando así su derecho a acudir a los tribunales. Esta es la razón al permitir únicamente las cláusulas compromisorias una vez que haya surgido la controversia entre las partes. En todo caso, se protege el consentimiento reflexivo del consumidor (A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ y J.I. PAREDES PÉREZ, “La reforma de la normativa española a la luz de la Directiva 2013/11 UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en G. PALAO MORENO (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 162-163).

⁸⁸ Y. FARAH y L. DE OLIVEIRA, “Releasing the Potential for a Value-Based Consumer Arbitration under the Consumer ADR Directive”, *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1, 2016, pp. 139-140.

⁸⁹ Cabría pensar si en este tipo de procedimientos resulta entonces obligado motivar la decisión en derecho quedando vedado el recurso en esa motivación a otros principios o criterios, como puede ser la equidad; desde luego, la Directiva 2013/11/UE obliga a motivar el resultado del procedimiento de resolución alternativa. A la luz de la norma, cupiera interpretar que el principio de legalidad únicamente ha de ser respetado en los procedimientos que produzcan decisiones vinculantes y no en otro tipo de procedimientos donde la autonomía de la voluntad de las partes permita autorizar la exclusión de la protección que la ley otorga al consumidor (Cfr. H. DÍEZ GARCÍA, “Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de Consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo”, en S. DÍAZ ALABART y M^a.T. CARRANCHO HERRERO (dirs.), C. FUENTESECA DEGENEFÉ (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017, p. 202).

⁹⁰ Estas disposiciones están destinadas, en beneficio del consumidor, a asegurar la aplicación del estándar de protección de los consumidores que proporcionan las normas imperativas del Estado miembro de su residencia habitual de conformidad con lo previsto en el art. 6 Reglamento (CE) 593/2008. Sin perjuicio de que la formulación de la Directiva también hubiera resultado mejorable –y de que habrá situaciones en las que el art. 3.4 Reglamento (CE) 593/2008 también pueda ser relevante–, parece cuestionable que se pretenda que el legislador español se aparte de la formulación de la Directiva, de modo que el art. 16 del Proyecto de Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE no distinga, como hace la Directiva, entre supuestos en los que exista un conflicto de leyes y aquellos en los que no exista –distinción que resulta coherente con lo dispuesto en el art. 1.1 del Reglamento (CE) 593/2008– sino que distinga entre litigios “de carácter nacional” y situaciones en las que “el litigio tuviera carácter transfronterizo y existiera conflicto de leyes”. En definitiva, sería preferible sobre esta concreta cuestión respetar el planteamiento de la Directiva y del artículo 1.1 del Reglamento (CE) 593/2008, que en cualquier caso habrán de guiar las respuestas a esas preguntas en caso de que se mantenga la redacción del Proyecto y puedan resultar pertinencia

4. Obligaciones impuestas a los proveedores de servicios

33. La Directiva 2013/11/UE establece una serie de imposiciones para los proveedores de servicios para así garantizar el funcionamiento adecuado y eficaz de las entidades de resolución. Éstas deben cumplir con el cometido de poner a disposición del público en un *website* la información de manera clara y fácilmente comprensible sobre numerosos aspectos de su actividad, en concreto, señas para su identidad y localización física en la web, identificación de expertos, tipología de litigios, idioma y coste del proceso⁹¹.

Además, deben incluir información en lo que concierne a su estructura, financiación, retribución de sus miembros y duración en el cargo. Y como último dato, deben contener la reseña de la duración media de los procedimientos de resolución de litigios y las tarifas correspondientes.

5. La información a los consumidores y la cooperación entre las entidades de resolución alternativa

34. El Capítulo III está dedicado a la información y cooperación; en él se recoge la obligación de los Estados miembros de velar para que los consumidores estén informados sobre qué entidades están habilitadas para proceder a la resolución alternativa y cuales son competentes para tratar sus reclamaciones. De importante calado es conocer si el comerciante afectado participará o no en el procedimiento sometido a una entidad de resolución alternativa; por ello, se establece la obligación de los comerciantes de informar de forma clara y precisa a los consumidores sobre la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa a las que se someten. Absolutamente es necesario que, los turistas puedan identificar rápidamente qué entidades de resolución alternativa son competentes para tratar su reclamación y saber si el empresario turístico afectado participará o no en el procedimiento sometido a una entidad de resolución alternativa⁹².

De otro modo, se contempla la cooperación e intercambios de experiencias entre entidades de resolución alternativa, así como entre las entidades de resolución alternativa y las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de los actos jurídicos de la Unión en materia de protección de los consumidores⁹³. También, se observa que los entes privados ofrezcan servicios de resolución alternativa de conflictos; para ello, han de contar con suficientes recursos humanos, materiales y financieros para llevar a cabo tales fines.

35. Una de las cuestiones más importantes es que las diversas entidades pongan a disposición de los usuarios información de cómo debe iniciarse un procedimiento de resolución alternativa, y para ello es necesaria dicha información con los comerciantes y entidades que operan en el mercado.

tes (Cfr. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El Proyecto de Ley de incorporación de la Directiva sobre resolución alternativa de litigios de consumo: algunas cuestiones (carencias) de Derecho aplicable”, *pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, 19 de abril de 2017).

⁹¹ Los sistemas ADR, en sus distintas y posibles modalidades, deben alcanzar a los consumidores, puesto que, sobre todo en los conflictos transnacionales, el elevado coste de los posibles litigios debe ser eliminado en la medida de lo posible a través de este remedio eficaz, alcanzando a lo contractual así como a las disputas familiares, sobre todo en beneficio de los niños y a las difamaciones originadas en medios de difusión, extremo este que no ha sido hasta ahora atendido expresamente por la normativa de la UE (Vid. J.M. SUÁREZ ROBLEDANO, “Breves consideraciones sobre la nueva plataforma digital de resolución de litigios de consumidores y sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Reglamento 524/2013 y Directiva 2013/11/UE)”, *La Ley Unión Europea*, mes 12, 2014, versión *on line*).

⁹² Los empresarios turísticos que se comprometan a recurrir a tales entidades para la resolución de litigios con los turistas consumidores deben informar a éstos sobre la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa que les amparen. La información se debe facilitar de forma clara, comprensible y fácilmente accesible en el sitio web del empresario turístico cuando exista y, en su caso, en las condiciones generales de los contratos formalizados entre ambos (Vid. S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “La Resolución de conflictos internacionales por vía extrajudicial en el ámbito del turismo”, en AA.VV., *El turismo y la experiencia del cliente, una aproximación en la bibliometría española*, IX Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 21 y 22 de Junio de 2016, p. 89).

⁹³ Hay cierto sector doctrinal que opina que los ADR y ODR están pocos desarrollados en relaciones ajenas al Espacio Económico Europeo, pues no pueden aplicarse mecanismos de cooperación como la red de Centros Europeos del Consumo, ni con la Directiva 2013/11/UE, ni con el Reglamento (UE) núm. 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (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. 279-280).

Las autoridades competentes de cada Estado miembro, tendrán la competencia de control y supervisión del cumplimiento de los requisitos obligatorios para las entidades acreditadas. Ante este postulado, esta tarea de seguimiento contribuirá a incrementar la protección al consumidor y favorecer la confianza en el funcionamiento de esta clase de sistemas de solución extrajudicial de controversias.

En lo que concierne a la tarea de supervisión, las entidades acreditadas poseen la obligación de elevar un informe cada dos años a las autoridades competentes sobre su actividad y funcionamiento; ello será esencial para la elaboración del informe que cada cuatro años deben formular todas las entidades acreditadas en España.

6. Transposición al ordenamiento jurídico español: Ley 7/2017, de 2 de noviembre

36. Se debe partir de la base que tal y como recoge el art. 3 Directiva 2013/11/UE, las disposiciones en las leyes de transposición deberán prevalecer siempre, en caso de conflicto sobre cualquier regulación recogida en una normativa nacional que se refiera a procedimientos extrajudiciales de resolución alternativa, sea o no transposición de lo establecido en otra fuente europea⁹⁴.

Esto es, la transposición de la Directiva ha de ser claramente una regulación unitaria de los litigios nacionales y transfronterizos. Aunque la acción normativa de las directivas, tenga por objeto situaciones intracomunitarias, la transposición en los ordenamientos conlleva una asimilación en la regulación con las situaciones internas. Sin embargo, el legislador comunitario es el que directamente previene de la necesidad de no fragmentar la regulación en función del carácter nacional o transfronterizo del litigio, con la finalidad de evitar la fragmentación indirecta de los mercados nacionales⁹⁵.

37. Con más de veinte meses de retraso después de la fecha límite de transposición⁹⁶, el día 6 de abril de 2017 se publicó el Proyecto de Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español 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 consumo⁹⁷.

Y por fin, el día 4 de noviembre de 2017 ve la luz la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español 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 consumo⁹⁸. La norma consta de cuarenta y cinco preceptos distribuidos en un título preliminar y tres títulos, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. La ley hace referencia a los litigios tanto de carácter nacional así como transfronterizo que han surgido entre un consumidor y un empresario con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de prestación de servicios, celebrado o no a través de Internet, independientemente del sector económico al que correspondan⁹⁹.

⁹⁴ La misma obligación de adecuación a las exigencias previstas en la norma de transposición deberá cumplir cualquier normativa cuyo objeto sea la regulación de la mediación de consumo. La competencia en este ámbito es exclusiva de las Comunidades Autónomas, lo que incluye la regulación de los órganos y los procedimientos de la mediación en este ámbito (en lo que concierne a la mediación de consumo, *vid.* M.J. MARÍN LÓPEZ, “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, pp. 174-146.

⁹⁵ *Cfr.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo”, en F.J. GARRIDO CARRILLO, y F. ESTEBAN DE LA ROSA, (dirs.), G. OROZCO PARDO (coord.), *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 184.

⁹⁶ Art. 25.1 Incorporación al Derecho nacional: *Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 9 de julio de 2015. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.*

⁹⁷ *BOCG. Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, Seria A, núm. 5-1, 6 de abril de 2017.

⁹⁸ *BOE* núm. 268, de 4 de noviembre de 2017.

⁹⁹ Se establece por el legislador la siguiente exclusión: no se aplica a los servicios no económicos de interés general, ni a determinadas reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud, ni tampoco a aquellas reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior. Asimismo, quedan fuera de su ámbito de aplicación los litigios entre empresarios, la negociación directa entre el consumidor y el empresario, los procedimientos de resolución alternativa iniciados o gestionados por los empresarios, así como los intentos o actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el conflicto objeto del mismo.

38. Con todo, a pesar del nombre de la norma, ésta no regula los medios de resolución alternativa de litigios de consumo, sino el acceso de los consumidores a las entidades de resolución alternativa, los requisitos que éstas deben cumplir para acreditarse y notificarse a la Comisión Europea y el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores¹⁰⁰. Esto es, se trata de una ley de carácter programático que establece los requisitos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo, y sus procedimientos, para acceder a la acreditación europea, y que designa cuáles serán las autoridades competentes a las que corresponderá la evaluación de las solicitudes, la concesión de la acreditación europea y, en su caso, la retirada de dicha acreditación¹⁰¹.

El propósito del legislador, a tenor de lo señalado en el art. 1 Ley 7/2017, es garantizar a los consumidores residentes en la UE el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos¹⁰².

IV. Fundamento y razones del Reglamento (UE) 524/2013

1. Propósito en su aplicación

39. En estrecha relación con la Directiva 2013/11/UE se publica en el DOUE el Reglamento (UE) 524/2013, cuyo objetivo esencial es proporcionar a las entidades acreditadas una plataforma de resolución en línea de litigios de consumo¹⁰³. Ésta se configura como un proveedor de información a nivel europeo sobre resolución de litigios en línea de consumo y como un nexo de contacto entre las partes implicadas en un conflicto con las entidades de resolución alternativa. Si bien, la norma reglamentaria no introduce mecanismos de negociación asistida o automática, a pesar de que es una de las funciones más relevantes¹⁰⁴.

40. Tal y como hace constar el art. 5.1, la Comisión será la responsable del funcionamiento, incluidos los aspectos de traducción, mantenimiento, financiación y seguridad de los datos con los que se opere. Dicha plataforma aparece concebida como una ventanilla única¹⁰⁵ para que los consumidores y empresarios puedan resolver de manera extrajudicial los litigios cubiertos por el Reglamento, que son aquellos relativos a las obligaciones contractuales que se han derivado de un contrato de compraventa o de prestación de servicios celebrados de manera *on line*¹⁰⁶ entre un consumidor con residencia en algún

¹⁰⁰ Vid. A.I. LOIS CABALLÉ, “El sistema arbitral de consumo tras su adaptación a la Directiva 2013/11/UE, ¿un ADR más?”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 44, 2017, versión *on line*.

¹⁰¹ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen de la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 10, núm. 2, 2017, p. 389.

¹⁰² Como acertadamente afirma el Prof. Dr. F. ESTEBAN DE LA ROSA, queda sin embargo por ver cuál será el éxito de la nueva regulación, pues por ahora no todos los Estados miembros cuentan con entidades acreditadas y el número de quejas que ha recibido la plataforma europea no es numeroso (Cfr. F. ESTEBAN DE LA ROSA, “El régimen de Derecho Internacional Privado de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Directiva 2013/11/UE y la Ley 7/2017”, F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al Marco Europeo de Resolución Alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 438-439).

¹⁰³ El Reglamento diseña un sistema de resolución alternativa *on line*, pues la contratación a través de Internet resulta instrumento esencial en la actualidad. El consumidor, cada vez más, va aumentando sus transacciones electrónicas, pero muchas veces detrás de esas compras es indispensable facilitar la tramitación de las controversias que planteen esas operaciones con un mecanismo de igual naturaleza (Vid. S. DÍAZ ALABART y M^a.P. REPRESA POLO, “La resolución alternativa de litigios de consumo por medios electrónicos”, en S. DÍAZ ALABART y M^a.T. CARRANCHO HERRERO (dirs.), C. FUENTESECA DEGENEFTE, (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017, pp. 216-218).

¹⁰⁴ J. SUQUET CAPDEVILLA, “El marco europeo de resolución de litigios en línea (RLL) de consumo: ¿tecnologías al servicio de la resolución de litigios?”, en G. PALAO MORENO (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 270.

¹⁰⁵ Resulta un gran acierto la apuesta de la UE por regular una plataforma de ODR pública con la “ventanilla única” y gestionada por la propia Comisión Europea, sin perjuicio de la naturaleza pública o privada que puedan tener las distintas entidades de ADR autorizadas a resolver conflictos en ese ámbito público (Vid. M. RICHARD GONZÁLEZ, “Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos: (*on-line dispute resolution*)”, *Diario La Ley*, núm. 8360, 2014, versión *on line*).

¹⁰⁶ En opinión de algunos autores, la exclusión del comercio tradicional resulta injustificada puesto que la plataforma puede constituirse como un lugar útil para resolver litigios derivados de las relaciones de consumo concertadas offline, toda vez

Estado miembro y un comerciante radicado también en la UE mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa¹⁰⁷.

Desde el punto de vista técnico, la Comisión también procurará el acceso a la plataforma proporcionando información tanto a ciudadanos como empresas a través del portal “Tu Europa”¹⁰⁸. En dicha base quedarán registrados los casos para la realización de las estadísticas sobre los procedimientos iniciados y no acabados, acuerdos no hechos efectivos por las empresas, empresas que no han querido someterse al sistema, etc¹⁰⁹.

2. Caracteres de la plataforma y especialidades del procedimiento

41. La plataforma está diseñada para cumplir una serie de funciones¹¹⁰: en primer lugar, debe facilitar un formulario electrónico de reclamación, el cual será utilizado por aquella parte que efectúa la reclamación de acuerdo con las condiciones de “presentación de reclamaciones” reseñadas en el art. 8. En este precepto se hace hincapié en la cuestión relativa a la fácil utilización y accesibilidad a la hora de proceder a su cumplimentación. En segundo lugar, se debe informar de la reclamación a la parte reclamada junto con la determinación de la entidad o entidades que serán competentes para tramitar la reclamación¹¹¹.

42. Las plataformas ODR están planteadas sobre la base de una estructura ascendente: se comienza por una fase de negociación automatizada¹¹², que puede ser posteriormente personalizada, siguiendo, en su caso, la mediación con intervención de un tercero neutral cuya actuación puede ser más o menos incisiva; es decir, la diferencia vendrá de la mano de la actuación que desempeña el tercero, que podrá ser más o menos proactiva¹¹³.

que consumidor y comerciante pueden residir en diferentes lugares, disponiéndose de la tecnología necesaria para tramitar el procedimiento a distancia (*Vid.* F. VALBUENA GONZÁLEZ, “La protección del consumidor europeo: alternativas a la vía judicial”, *Revista de estudios europeos*, núm. 66, 2015, p. 68).

¹⁰⁷ *Vid.* art. 4.1 h) Directiva 2013/11/UE en el que se define “entidad de resolución alternativa”: *toda entidad, independientemente de cómo se denomine o mencione, establecida de manera duradera, que ofrece la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa y que está incluida en la lista con arreglo al artículo 20, apartado 2.*

¹⁰⁸ <http://europa.eu/youreurope/index.htm>. Este portal web contiene información sobre derechos y consejos prácticos dirigidos a los ciudadanos de la UE. Concretamente en la pestaña “consumidores” están disponibles todos los *links* para acceder a las plataformas de Resolución de litigios en materia de consumo.

¹⁰⁹ En ocasiones surgen conflictos de intereses entre la confidencialidad intrínseca que conllevan los mecanismos ADR y ODR frente al derecho a la información de los consumidores. Es lo que algún autor ha denominado “name and shame”, es decir la elaboración de la lista de la vergüenza (*Vid.* S. BARONA y C. ESPLUGUES, “ADR mechanisms and their incorporation into global justice in the twenty-first century: some concepts and trends”, en C. ESPLUGUES y S. BARONA, (eds.), *Global perspectives on alternative dispute resolution*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2014, pp. 33-34; P. CORTÉS, “A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward”, *Legal Studies*, vol. 35, núm. 1, 2015, pp. 114-141).

¹¹⁰ 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.* M^a.B. AIGE MUT, “Aproximación a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos: especial referencia a la nueva plataforma europea para la resolución de litigios”, *Diario La Ley*, núm. 8732, 2016, versión *on line*; J. SUQUET CAPDEVILLA, “The European Legal framework on consumer Online Dispute Resolution (ODR)”, en J-S. BERGÉ, S. FRANCOY y M. GARDEÑES SANTIAGO (eds.), *Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruylant, Bruselas, 2015, pp. 186-187; 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 y 1015).

¹¹¹ En el art. 9 Reglamento (UE) 524/2013, se contiene una amplísima regulación de la tramitación y transmisión de las reclamaciones, en el que se pretende garantizar unas condiciones uniformes de ejecución y velar por una transmisión simultánea y adecuada para todos los intervinientes.

¹¹² Es muy recomendable que la plataforma ofrezca mecanismos de negociación automatizada, al menos para aquellos conflictos en los que únicamente se discute la cantidad monetaria en concepto de compensación que el consumidor debe recibir. Esta negociación automatizada o ciega es un proceso que facilita la resolución de la disputa entre las partes, sin la intervención de una persona humana como una tercera parte (*Vid.* T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La mediación de conflictos de consumo: la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) 523/2011”, en S. DÍAZ ALABART y M^a.T. CARRANCHO HERRERO (dirs.), C. FUENTESECA DEGENEFTE (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017, pp. 80-81).

¹¹³ V.M. MORENO CATENA, “La resolución jurídica de conflictos”, en H. SOLETO MUÑOZ (dir.), E. CARRETERO MORALES y C. RUIZ LÓPEZ (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 35-38; H. SOLETO

En esta dirección, existe una amplia variedad de combinar una y otras opciones, pues cada plataforma electrónica concreta su diseño en función de su objetivo principal¹¹⁴, pero se obliga a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para que todo consumidor de la UE que adquiera por vía telemática bienes o servicios de un empresario situado en territorio comunitario cuente con la posibilidad de presentar una reclamación contra dicho empresario también por medios electrónicos a través de la plataforma habilitada¹¹⁵.

43. Toda esta tramitación está asentada bajo el principio de gratuidad para ambas partes. Ello se consigue suministrando toda la información en la lengua oficial del Estado que provengan las partes. Adicionalmente, la plataforma facilitará un formulario electrónico del que se servirán las entidades de resolución para transmitir la siguiente información: fecha de recepción del expediente, el objeto del litigio, la fecha de conclusión del procedimiento y el resultado del mismo¹¹⁶. Por último, se proporcionará un sistema de comentarios que permita a las partes expresar su opinión sobre el funcionamiento de la plataforma y sobre la entidad encargada de resolución alternativa que ha conocido del litigio.

44. Bajo estas circunstancias, cada Estado miembro nombrará un punto de contacto de resolución de litigios en línea y deberá comunicarlo a la Comisión, pudiendo conferir esta misión a la Red de Centros Europeos del Consumidor¹¹⁷, a las asociaciones de consumidores o cualquier otro organismo, con la condición de que cada punto de contacto incorpore al menos dos asesores de resolución de litigios en línea (art. 7.1).

Los Centros Europeos del Consumidor funcionan con unos parámetros comunes de actuación en la información que confiere a los consumidores europeos, como en la asistencia para la mediación de las reclamaciones de consumo transfronterizas¹¹⁸.

45. En lo que se refiere a la presentación de las reclamaciones, éstas se plantearán mediante formulario electrónico de fácil utilización por parte del reclamante; se admite que el interesado adjunto

MUÑOZ, “El procedimiento de la mediación”, en H. SOLETO MUÑOZ (dir.), E. CARRETERO MORALES y C. RUIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 247-249.

¹¹⁴ Sobre mediación electrónica, *vid.* O.D. FRANCO CONFORTI, “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, pp. 1-27; A. MADRID PARRA, “El uso de los medios electrónicos en la mediación patrimonial privada”, *Derecho de los negocios*, año núm. 24, núm. 269, 2013, pp. 7-20; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 27, 2011, pp. 17-33; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, y C. FERNÁNDEZ CANALES, “El actual marco normativo de la mediación electrónica”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año núm. 88, núm. 731, 2012, pp. 1451-1480.

¹¹⁵ En el seno del Parlamento Europeo, la Comisión de Industria, Investigación y Energía Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, ha subrayado que “la naturaleza transfronteriza de las plataformas en línea representa una ventaja enorme para el desarrollo del mercado único digital, pero también exige una mejor cooperación entre las autoridades públicas nacionales; pide que los servicios y mecanismos de protección de los consumidores existentes colaboren y proporcionen una protección eficiente a los consumidores en relación con las actividades de las plataformas en línea” (*Cfr. Informe sobre las plataformas en línea y el mercado único digital*, (2016/2276 -INI-). Ponentes: Henna Virkkunen, Philippe Juvin, 31 de mayo de 2017, p. 14).

¹¹⁶ *Vid.* art. 10 c) Reglamento (UE) 524/2013.

¹¹⁷ El Centro Europeo del Consumidor en España (<http://www.cec.consumo-inc.es/index.php>) es una oficina pública de atención al consumidor de cualquier Estado Miembro de la Unión Europea que precise información o asistencia en relación con la adquisición de un bien o la utilización de un servicio en un país diferente al propio. El Centro Europeo del Consumidor en España prestará ayuda a los ciudadanos de un Estado comunitario que adquiere un bien o contrata un servicio en cualquier parte del territorio español y a los españoles que adquieran un bien o contrata un servicio en un Estado comunitario que no sea España. Sus principales funciones son: asesorar a los consumidores sobre sus derechos en materia de consumo para que puedan aprovechar mejor las posibilidades que ofrece el mercado interior europeo e intervenir como mediadores en las quejas y reclamaciones transfronterizas que se produzcan en los siguientes casos: a) cuando un consumidor nacional de cualquier lugar de la geografía española quiera reclamar por un mal servicio o producto defectuoso contra un establecimiento o empresa situado en otro Estado de la UE; b) cuando un consumidor de otro Estado Comunitario quiere reclamar contra un establecimiento o empresa española. Tal y como señala el art. 43 Ley 7/2017, “en el caso de tratarse de un litigio transfronterizo de consumo, el Centro Europeo del Consumidor proporcionará asistencia y ayuda a los consumidores, para el acceso a cualquier entidad acreditada competente establecida en otro Estado miembro, así como en relación a las resoluciones emitidas por dichas entidades”.

¹¹⁸ J.I. PAREDES PÉREZ, “La labor de los centros europeos del consumidor en la resolución de diferencias de consumo transfronterizas”, 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 576-584.

todo tipo de documentos que apoyen y fundamenten su reclamación. Se debe tener en consideración que la reclamación incompleta se apreciará como defecto subsanable, que lógicamente impedirá su tramitación si requerido el reclamante no la cumplimenta en su totalidad (art. 9.2)¹¹⁹.

Seguidamente, la plataforma da traslado del formulario a la parte reclamada junto con la información en la que constará que ambas partes deben ponerse de acuerdo sobre una determinada entidad de resolución alternativa que será la encargada de tramitar la reclamación. Es fundamental advertir que si las partes no llegan a un acuerdo o no identifican ninguna entidad de resolución alternativa, la reclamación no podrá seguir tramitándose¹²⁰.

46. Asumido el acuerdo entre las partes, la plataforma transmite la reclamación a la entidad de resolución a la que se han sometido las partes¹²¹. Así, la entidad que ha aceptado tramitar la reclamación adquiere la obligación de concluir el procedimiento en el plazo de noventa días naturales contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación (art. 8 e) Directiva 2013/11UE).

En el marco de este procedimiento no del todo sencillo, hay autores que han estimado que la estructura del Reglamento es un tipo de “sistema multipuertas” mediante el cual la plataforma europea de solución de litigios en línea recibirá las reclamaciones y las derivará a una de las entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios en línea para que intervenga en el mismo¹²².

47. Por consiguiente, el legislador europeo dispone de la creación de una plataforma electrónica que permite a los consumidores de la UE plantear sus reclamaciones ante los comerciantes sin perjuicio de acudir a la vía judicial¹²³, basado el procedimiento en el principio de voluntariedad del consumidor¹²⁴. En cualquier caso, la plataforma debe ser entendida como una medida complementaria a la vía judicial y no excluyente.

Cierto sector doctrinal afirma que a pesar de no conocer con exactitud su operatividad real, la primera valoración debe ser positiva. La plataforma va a servir para recopilar y procesar datos sobre las

¹¹⁹ Hay autores que han apuntado que sería recomendable que existiera una interconexión de enlaces en las páginas web de las entidades públicas y privadas de la red ECC-Net relativa a los Centros Europeos del Consumidor (*Vid.* P. PAJÍN ECHEVARRÍA, “La necesaria coordinación en el ámbito de la resolución alternativa de los conflictos de consumo en Europa: el caso español”, en G. PALAO MORENO, (ed.), C. AZCÁRRAGA MONZONÍS (secret.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 211).

¹²⁰ Es necesario mencionar la imposición dispuesta por el art. 13.1 Directiva 2013/11/UE: *Los Estados miembros velarán por que los comerciantes establecidos en sus territorios informen a los consumidores acerca de la entidad o entidades de resolución alternativa que den cobertura a dichos comerciantes, cuando estos se comprometan o estén obligados a recurrir a dichas entidades para resolver litigios con los consumidores. La información incluirá la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa pertinentes.*

¹²¹ En opinión de algunos autores, prima la existencia de entidades privadas de resolución alternativa de conflicto concediéndose excesivas facilidades a las empresas (*Vid.* M^a.D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Organismos de supervisión y reclamación”, en S. DÍAZ ALABART y M^a.T. CARRANCHO HERRERO (dirs.), C. FUENTESECA DEGENEREFÉ (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017, p. 64).

¹²² La noción “multipuertas” surge como evolución de un centro de resolución de disputas en el cuál un determinado conflicto ingresa y tras ser analizado por un operador de conflictos, éste sugiere a las partes acudir a una de las múltiples posibilidades de abordaje que la situación de conflicto permitiría. El sistema denominado en idioma inglés “the multi-door court house” ha sido sumamente exitoso y se terminó implementando dentro de un importante sector del sistema de administración de justicia estadounidense (*Cfr.* O.D. CONFORTI, “Mediación electrónica (e-Mediación)”, *Diario La Ley*, núm. 8519, 2015, versión *on line*).

¹²³ Como acertadamente expresan algunos autores, llama la atención el doble carácter que una resolución pueda llegar a tener a lo que queda vinculado el carácter de cosa juzgada de la misma, puesto que para una mayor protección del consumidor a éste le queda abierta la vía judicial, en caso de no constar expresamente su aceptación si de una resolución de carácter impuesta se trata o bien si es una resolución propuesta (*Vid.* I. RALUCA STROIE, “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 238-239).

¹²⁴ Dado que el tercer neutral está facultado para imponer una solución, se ha de contar con la aquiescencia del consumidor tras surgir la controversia, sobre todo si de resolución arbitral se tratara (*Vid.* A. MADRID PARRA, “Uso de las nuevas tecnologías en la construcción del Mercado Interior europeo”, en J.M. BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 346-348).

reclamaciones de consumo *on line* en el mercado europeo. Datos que proporcionarán una información trascendental a tener en cuenta para futuras mejoras en la regulación¹²⁵.

A su vez, la Comisión Europea ha manifestado que las principales funciones de la plataforma funcionan correctamente, al ser una herramienta interactiva multilingüe proporcionándose como medio fácil de uso ante la presentación de quejas en línea. Sin embargo, será importante mejorar el compromiso de los comerciantes para garantizar que las quejas que no pueden resolverse bilateralmente, es decir, fuera de la plataforma, se canalicen efectivamente a través de la propia plataforma. Con este fin, la Comisión trabajará con las autoridades competentes para mejorar el cumplimiento por parte de los comerciantes de su obligación de vincularse a la plataforma ODR en su sitio web¹²⁶.

48. La resolución alternativa de litigios no debe impedir al consumidor, ya sea demandante o demandado, acogerse a la jurisdicción de los tribunales del Estado miembro en el que tenga su domicilio. La existencia de tal posibilidad provoca un efecto preventivo que contribuye a que el empresario de servicios turísticos actúe con mayor fidelidad a lo estipulado en el contrato. Ello sin perder de vista que la mayoría de las reclamaciones derivadas de la venta *on line* de servicios turísticos no encuentran solución a través de la vía judicial¹²⁷.

V. Consideración final

49. El Reglamento (UE) 524/2013 y la Directiva 2013/11/UE pretenden la creación de vías extrajudiciales sencillas, eficaces y rápidas con el objetivo de reforzar la confianza del consumidor. Ambos textos no pueden comprenderse como normas aisladas, dado que la plataforma establecida en el Reglamento (UE) 524/2013 parte de la existencia de un determinado sistema de resolución alternativa sometido a un mínimo armonizado por medio de la Directiva 2013/11/UE. Con todo, a pesar de esa complementariedad, poseen diferencias en su objeto y ámbito de aplicación. El alcance de la Directiva 2013/11/UE excede al del Reglamento (UE) 524/2013, toda vez que se aplica a los litigios entre consumidores y comerciantes derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios, celebrados o no en línea, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios acreditada por la autoridad nacional correspondiente. En cambio, el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 524/2013 es más restringido, ya que tiene como su principal objetivo la creación de una plataforma web europea para la resolución de los litigios en línea.¹²⁸

Sin embargo, la web no dispone de los organismos de resolución de litigios en los siguientes países: España y Rumanía. De ahí que, en el caso de los consumidores españoles no verán cumplidas sus expectativas para presentar sus reclamaciones *on line* y de este modo, no obtendrán, por el momento,

¹²⁵ Aunque hay que esperar un tiempo para valorar el impacto de la nueva regulación y comprobar los resultados concretos de la Plataforma, es incuestionable el importante avance que van suponer en la política europea de implantación de los métodos alternativos de resolución, así como su enorme repercusión en el consumo electrónico en Europa (Cfr. N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, "Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018, versión *on line*).

¹²⁶ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the European Online Dispute Resolution platform established under Regulation (EU) no 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes*, Brussels, 13 de diciembre de 2017 (COM -2017- 744 final).

¹²⁷ Como muy bien revela la Profa. Dra. Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor, la complejidad y lentitud de los litigios transfronterizos contribuyen a calificar los procesos judiciales como poco idóneos en un contexto vertiginosamente mutable y que exige celeridad en las soluciones. A ello se añade que el sistema judicial resulta poco adecuado para reclamaciones de turistas relativas a la prestación de servicios contratados a través de la Red, debido en parte a la escasa dimensión de las cuantías reclamadas. Los altos costes legales no se compensan con los bajos costes de la reclamación (Cfr. S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, "La resolución de litigios en línea aplicada a la comercialización de servicios turísticos", *La Ley Unión Europea*, núm. 42, 2016, versión *on line*).

¹²⁸ En la Ley 7/2017 parece que no se encuentra la idea de impulsar la existencia de regímenes diferentes sobre la base de la distinción entre entidades acreditadas y no acreditadas (Cfr. F. Esteba de la Rosa, "El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre", F. Esteba de la Rosa (dir.), O. Olariu (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 96).

una solución extrajudicial. Por consiguiente, la misión encomendada a la plataforma es muy limitada, pues el acceso a la misma no garantiza al usuario, cliente o consumidor que vaya a conseguir de manera efectiva un mecanismo extrajudicial para satisfacer sus intereses dañados.

50. Con la transposición de la Directiva 2013/11/UE se instrumenta una regulación relativamente homogénea en toda la UE incrementándose el potencial de la misma al reducir los recursos que consumidores y empresas deben dedicar a conocer los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos de consumo en los distintos países que conforman el territorio europeo, favoreciendo así el intercambio intracomunitario de bienes y servicios. Se infiere que, los empresarios deberían adherirse o aceptar la intervención de las entidades de resolución alternativa establecidas en los Estados Miembros. De esta manera, los países de la UE podrían tener garantizada la posibilidad de ofrecer a sus consumidores la oportunidad de resolver conflictos que surjan ante las entidades incluidas en el listado consolidado por la Comisión Europea.

51. Es importante destacar que en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, no se regulan ni se desarrollan los procedimientos de resolución alternativa de litigios. Se limita a establecer los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus litigios. Sin embargo, el legislador no tiene en consideración la razón de ser de toda norma que es, lograr una adecuada protección y no la regulación de un sistema de reclamación, no siendo esto último el fin sino el medio para llegar a tal objetivo.

Es especialmente llamativo, que dicha norma interna no incluya preceptos especiales de Derecho internacional privado. De modo lacónico, únicamente el art. 16.1 b) determina el derecho aplicable con remisión directa al Reglamento (CE) 593/2008. Conviene subrayar el silencio que guarda en lo que atañe al régimen de competencia para demarcar el juez que pudiera conocer para tal cuestión. Empero, en el preámbulo de la norma, afirma el legislador que existen sendas dificultades cuando el consumidor y el empresario residen en diferentes Estados miembros y entran en juego las normas sobre competencia judicial internacional. Dada su reciente publicación, es oportuno poner de relieve que hubiera sido necesaria alguna referencia acerca de ese asunto. De esta forma, los operadores jurídicos, en el desarrollo de cualquier actividad comercial internacional, podrían conocer qué foros de competencia judicial son aplicables y el correspondiente marco legislativo. Pues no debemos obviar que al Derecho internacional privado en su dimensión patrimonial, le incumbe ofrecer respuestas con sus técnicas de reglamentación en todas las relaciones comerciales de tráfico externo.

52. La eficiencia de un Derecho protector hacia el consumidor se debe medir no por la perfección o equidad de las normas, sino por la existencia de medios asequibles y con escaso coste económico a través de los cuales éstos puedan hacer exigibles sus derechos cuando no hayan sido respetados adecuadamente. Igualmente, la articulación de mecanismos ágiles, justos y seguros contribuirá a reducir los costes de transacción de la economía incrementando la eficiencia y contribuyendo así a un mayor crecimiento económico. Paralelamente, la irrupción de nuevas formas de contratación ha supuesto un fuerte desarrollo del comercio electrónico transfronterizo y es por ello que, resulta preciso garantizar el acceso de los consumidores a este tipo de procedimientos desde cualquier área geográfica y sectorial de la UE para así lograr el deseado mercado interior.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *LEX SUCCESSIONIS* Y SU
COORDINACIÓN CON LA *LEX REI SITAE-LEX REGISTRATIONIS*:
A PROPÓSITO DE LOS LEGADOS VINDICATORIOS

SCOPE OF THE *LEX SUCCESSIONIS* AND ITS COORDINATION
WITH THE *LEX REI SITAE-LEX REGISTRATIONIS*: *A PURPOSE*
OF THE LEGACIES BY VINDICATION

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1282-6638

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 01.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4117>

Resumen: El 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 ha venido a unificar las soluciones tan dispares de Derecho internacional privado que existían en el ámbito de la Unión Europea en materia sucesoria. Reconociendo el esfuerzo de los Estados miembros por coordinar la unificación de las normas de Derecho internacional privado en este área, su aplicación no está exenta de problemas con otras materias que afectan directamente a la regulación de la sucesión de una persona, como sucede, por ejemplo, con la regulación de los derechos reales que pueden afectar a los bienes de la masa hereditaria. Partiendo de que no existe una unificación de las normas de Derecho internacional privado en materia de transmisión de la propiedad de los bienes y de los derechos reales, en general, reconocidos por los distintos Estados miembros se pueden plantear muchos problemas teniendo en cuenta la existencia de un *numerus clausus* de derechos reales y los distintos sistemas de inscripción registral contemplados para la adquisición de tales derechos reales. Los artículos 1 y 23 del Reglamento sucesorio intentan solucionar este conflicto. Representan las dos caras de una misma moneda pues regulan el ámbito de aplicación de la *lex successionis* en sentido negativo y en sentido positivo, respectivamente. Por un lado, el artículo 1 recoge las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento y, por otro lado, el artículo 23 recoge las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación. Sin embargo, la colisión se plantea en relación con la aplicación de la *lex rei sitae* a determinadas cuestiones sucesorias que están incluidas en el ámbito de aplicación de la *lex successionis* a las que hay que aplicar cumulativamente la dos Leyes. Así, la Ley sucesoria regula la transmisión a los herederos, y en su caso, a los legatarios, de los bienes que integran la herencia, según recoge la letra e) del artículo 23.2, y las letras k) y l) del artículo 1.2, excluyen de la aplicación de la ley sucesoria la naturaleza de los derechos reales y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro; cuestiones que, en la mayoría de los casos, quedan sometidas a la *lex rei sitae* o *lex registrationis*. Este conflicto de leyes es lo que ha provocado la primera decisión del TJUE sobre el Reglamento sucesorio: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 12 de octubre de 2017: *Kubicka*.

Palabras clave: Sucesión internacional, *lex successionis*, *lex rei sitae*, *lex registrationis*, *ámbito de la ley aplicable*, derechos reales, derechos de propiedad, *legatum per vindicationem* y *per damnationem*.

Abstract: Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and 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 is one of the most important results hitherto achieved for codifying private international law within the European Union. Recognizing the effort of the Member States to coordinate the unification of the rules of private international law in this area, its application is not exempt from problems with other areas that directly affect the regulation of the succession of a person, as happens for example with the regulation of property law that may affect the inheritance assets. Recognition of foreign property law may create problems in light of a Member State's *numerus clausus* of property rights and differing land registration regimes. The study of the matters governed by the *lex successio- nis*, listed in article 23.2 ESR, must be done taking into account article 1.2 ESR, setting out the issues which are excluded from the *lex successio- nis* scope. Often the exclusion or inclusion of particular matters from or within the scope of application of the *lex successio- nis* are two sides of the same coin. In other words, article 1.2 ESR governs the scope of application in a negative sense and article 23.2 ESR in a positive sense. However, the collision arises in relation to the application of the *lex rei sitae* to certain inheritance questions that are included in the scope of application of *lex successio- nis* to which the two Acts must be applied cumulatively. This is what happens with the regulation by *lex successio- nis* of the transfer to the heirs and, as the case may be, to the legatees of the assets, rights and obligations forming part of the estate, including the conditions and effects of the acceptance or waiver of the succession or of a legacy, according to letter e) of art. 23.2, bearing in mind that the letters k) and l) of art. 1.2, exclude from the application of the succession law the nature of rights in rem; and any recording in a register of rights in immovable or movable property, including the legal requirements for such recording, and the effects of recording or failing to record such rights in a register; issues that, in most cases, are subject to the *lex rei sitae* or *lex registrationis*. This conflict of laws is what led to the first decision of the CJEU on the Succession Regulation: Judgment of the Court of Justice of the European Union, Second Chamber, of October 12, 2017: *Kubicka*.

Keywords: International succession, *lex successio- nis*, *lex rei sitae*, *lex registrationis*, the scope of the applicable law, rights in rem, property rights, *legatum per vindicationem* y *per damnationem*

Sumario: I. Consideraciones generales: *lex successio- nis* versus *lex rei sitae-lex registrationis*. 1. Introducción. 2. Aplicación de la *lex successio- nis* versus *lex rei sitae*. II. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 12 de octubre de 2017: *Kubicka*. 1. Hechos. 2. Soluciones adoptadas por el TJUE. Conclusiones. 3. Aplicación de la *lex successio- nis* versus *lex rei sitae* después del caso *Kubicka*. A) La postura del notario polaco. B) Eficacia real u obligacional del título sucesorio, en concreto de los legados. III. Ámbito de aplicación de la *lex successio- nis* tras la interpretación del TJUE. 1. Cuestiones sometidas a la *lex successio- nis*. 2. Cuestiones sometidas a la *lex rei sitae* o *lex registrationis*. IV. A modo de solución.

I. Consideraciones generales: *lex successio- nis* versus *lex rei sitae-lex registrationis*

1. Introducción

1. El 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 ha venido a unificar las soluciones tan dispares de Derecho internacional privado que existían en el ámbito de la Unión Europea en materia sucesoria¹. Reconociendo el esfuerzo de los Estados miembros por coordinar la unificación de las normas de Derecho internacional privado en este área, su aplicación no está exenta de problemas con otras que afectan directamente a la

¹ DOUE L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134.

regulación de la sucesión de una persona, como sucede, por ejemplo, con la regulación de los derechos reales que pueden afectar a los bienes de la masa hereditaria.

No hay que olvidar que el art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que “Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. Ello es así, por los sistemas tan dispares existentes en relación con la transmisión de la propiedad, por lo que no resulta fácil la unificación de Derecho internacional privado en esta materia.

Partiendo de que no existe una unificación de las normas de Derecho internacional privado en materia de transmisión de la propiedad de los bienes y de los derechos reales, en general, reconocidos por los distintos Estados miembros se pueden plantear muchos problemas teniendo en cuenta la existencia de un *numerus clausus* de derechos reales en los Estados miembros y los distintos sistemas de inscripción registral contemplados para la publicidad de tales derechos reales.

2. Pues bien, el Reglamento sucesorio, consciente de este problema de coordinación, ha intentado solucionarlo a través de la regulación de las cuestiones incluidas (art. 23) y excluidas (art. 1) del ámbito de aplicación de la *lex successio- nis*. El art. 21 Reglamento sucesorio establece como regla general que la ley aplicable a la “totalidad de la sucesión” es la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Sin embargo, el art. 22 le permite al testador elegir la ley aplicable de su nacionalidad en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento. Si una persona tiene varias nacionalidades podrá elegir cualquiera de ellas. La ley aplicable a la sucesión regirá la entera sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de situación de los mismos. Del ámbito de regulación de dicha ley se excluye “la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo” (art. 1.2. letra l). En este caso, se aplica la *lex registrationis* y no la *lex successio- nis*. En la mayoría de los casos la *lex registrationis* será la *lex rei sitae*, la ley del lugar donde estén situados los bienes. Por tanto, el Derecho de la Unión Europea limita mucho la aplicación de la *lex rei sitae*, dado que la *lex successio- nis* regula la totalidad de la sucesión, sin tener en cuenta la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios y la naturaleza de los mismos.

3. Así, si un por un lado la existencia y el número de los derechos reales en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*numerus clausus*) es una materia que está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio, conforme a la letra k) del art. 1.2 del Reglamento sucesorio, los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición. Al contrario, la letra e) del art. 23.2 del Reglamento sucesorio incluye dentro del ámbito de la ley aplicable a la sucesión “la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia”.

Igualmente, según la letra l) del art. 1.2 Reglamento sucesorio, se excluye del ámbito de aplicación de la ley sucesoria la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo. El considerando 18 del Reglamento 650/2012 indica a este respecto que “*debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro* (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) *el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción* (de un derecho real)”. Además, según el considerando 19 del mismo Reglamento, cuando “*la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble deba ser inscrita con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro para producir efectos erga omnes o para la protección legal del negocio jurídico, el momento de dicha adquisición deberá regirse por el Derecho de ese Estado miembro*”.

2. Aplicación de la *lex successio- nis* versus *lex rei sitae*

4. El problema estriba en compatibilizar la aplicación de la *lex successio- nis* con la aplicación de la *lex rei sitae*.

Los artículos 1 y 23 del Reglamento sucesorio representan las dos caras de una misma moneda. Por un lado, el art. 1 recoge las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento y, por otro lado, el art. 23 recoge, de forma expresa, las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación².

En teoría, las cuestiones excluidas e incluidas de la ley sucesoria no deberían entrar en colisión, pues aquellas cuestiones sucesorias no excluidas de su ámbito de aplicación deben quedar reguladas por la normativa europea.

Sin embargo, la colisión se plantea en relación con la aplicación de la *lex rei sitae* a determinadas cuestiones sucesorias que están incluidas en el ámbito de aplicación de la *lex successio* (*lex patrimonii*) a las que hay que aplicar cumulativamente las dos Leyes. Esto es lo que sucede con la regulación por la ley sucesoria de la transmisión a los herederos, y en su caso, a los legatarios, de los bienes que integran la herencia, según recoge la letra e) del art. 23.2, teniendo en cuenta que las letras k y l del art. 1.2, excluyen de la aplicación de la ley sucesoria la naturaleza de los derechos reales y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro; cuestiones que, en la mayoría de los casos, quedan sometidas a la *lex rei sitae*. Así lo establece el Considerando 18 del Reglamento sucesorio que identifica la *lex registrationis* con la *lex rei sitae*³. El Reglamento sucesorio amplía el campo de aplicación de la *lex successio* limitando la aplicación de la *lex rei sitae* en aspectos tasados, cuando establece con carácter general que la ley sucesoria regirá *la totalidad de la sucesión* (art. 23.1 Reglamento sucesorio).

5. La *lex rei sitae* tiene como objetivo hacer que la ley del lugar de situación del bien se aplique a los derechos reales que puedan existir con respecto a un objeto (protegiendo así un *numerus clausus*), al tribunal que tiene competencia sobre los derechos reales del bien y a la competencia de las autoridades involucradas en sus procedimientos de transmisión. La *lex rei sitae* encuentra su justificación más antigua en la soberanía nacional de los Estados (*imperium*), atribuyendo a cada Estado el monopolio exclusivo de su soberanía de los bienes que se encuentran en su territorio. Sin embargo, en la actualidad, es el control estatal de los procesos económicos que se verifican sobre los bienes situados en el territorio de un Estado lo que realmente justifica la aplicación de la *lex rei sitae* al régimen jurídico de los derechos reales, pues con independencia de quienes sean los propietarios de los bienes y sus circunstancias, los derechos reales de los bienes situados en un Estado van a quedar siempre regulados por la ley de dicho Estado⁴.

Este conflicto de leyes es lo que ha provocado la primera decisión del TJUE sobre el Reglamento sucesorio.

II. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 12 de octubre de 2017: *Kubicka*

6. La aplicación del Reglamento sucesorio 650/2012, de aplicación a todas las sucesiones de personas que hayan fallecido el 17 de agosto de 2015 o a partir de esa fecha (art. 83.1 Reglamento sucesorio), ha dado lugar a la primera cuestión prejudicial, que ha sido resuelta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 12 de octubre de 2017, asunto C218/16: *Kubicka*⁵: ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 2, letras k) y l), o 31, del Reglamento 650/2012 en el sentido de que permiten la denegación del reconocimiento de los efectos reales del legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) previsto por la ley sucesoria, cuando éste afecta a la propiedad de un inmueble situado en un Estado miembro cuya legislación no reconoce la institución del legado con efectos reales directos?⁶

² E. CASTELLANOS RUIZ, en A. L. CALVO CARAVACA / A. DAVI / H. P. MANSSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 354.

³ S. VAN ERP, "Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the *lex rei sitae*", *European Journal of Comparative Land Governance*, 3, 2016, pp. 342-352, esp. p. 351.

⁴ Es lo que se ha denominado como el "efecto útil" de la legislación de un Estado en materia de derechos reales, *vid.* al respecto, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos reales" en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 1317.

⁵ STJUE 12 octubre 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*, [ECLI:EU:C:2017:755].

⁶ *Vid.* sobre esta STJUE, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Legatum per vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012", *La Ley Unión Europea*, Nº 55, 31 de enero de 2018, pp. 1-20; R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, "Breve nota sobre la Sentencia del

1. Hechos

7. Para poder entender el motivo de esta cuestión prejudicial es necesario partir de los hechos que dieron lugar a la misma.

La Sra. Kubicka, nacional polaca residente en Alemania, en Fráncfort del Óder, casada con un nacional alemán y con dos hijos, nacidos del matrimonio, todavía menores de edad, quería otorgar testamento. Los cónyuges eran copropietarios a partes iguales de un terreno situado en Fráncfort del Óder, en el que estaba construida su residencia familiar. Con el fin de otorgar testamento, la Sra. Kubicka se dirigió a un notario ejerciente en Słubice (Polonia), al que le pidió incluir en su testamento un legado vindicatorio (legado con efecto real), permitido por el Derecho polaco, a favor de su marido, sobre la parte de los derechos de los que ella era titular en el inmueble común situado en Fráncfort del Óder, Alemania. Respecto al resto de los bienes que integraban su patrimonio sucesorio, deseaba mantener el orden sucesorio legal en virtud del cual su esposo y sus hijos heredaban a partes iguales. La Sra. Kubicka había excluido expresamente la utilización del legado ordinario (legado damnatorio u obligacional), previsto en el artículo 968 del Código Civil polaco, ya que éste supondría dificultades vinculadas a la representación de sus hijos menores de edad, que en su momento serían llamados a la sucesión, así como gastos adicionales.

8. El 4 de noviembre de 2015, el oficial de la notaría polaco denegó el otorgamiento del testamento que contenía el legado vindicatorio deseado por la Sra. Kubicka, basándose en que la formalización de un testamento que contuviera un legado de este tipo era contraria a la legislación y a la jurisprudencia alemanas en materia de derechos reales y del registro de la propiedad, lo que habría de tenerse en cuenta en virtud de los artículos 1, apartado 2, letras k) y l), y 31 del Reglamento 650/2012, y que se trataba por tanto de un acto ilícito. El oficial de la notaría observó que, en Alemania, la inscripción del legado en el registro de la propiedad sólo podía realizarse en virtud de un contrato celebrado ante notario, relativo a la transmisión de la propiedad sobre el inmueble, entre los herederos y el legatario. La práctica en Alemania venía consistiendo en que los legados vindicatorios extranjeros eran objeto de una adaptación, con arreglo al artículo 31 del Reglamento 650/2012, y pasaban a ser legados damnatorios u obligacionales. Esta interpretación resulta de la exposición de motivos de la Ley alemana que modificó el Derecho interno de conformidad con las disposiciones del Reglamento 650/2012 [Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz (Ley sobre los procedimientos internacionales en materia de Derecho sucesorio), de 29 de junio de 2015 (BGBl.I, p.1042)]. El 16 de noviembre de 2015, la Sra. Kubicka interpuso ante el notario, con arreglo al artículo 83 de la Ley del Notariado polaco, un recurso contra la decisión de denegar el otorgamiento de un testamento que contuviera un legado vindicatorio. En dicho recurso alegó que las disposiciones del Reglamento 650/2012 debían ser objeto de una interpretación autónoma y, en esencia, que ninguna de las disposiciones del Reglamento sucesorio justificaba restringir el estatuto sucesorio hasta el punto de legitimar la falta de reconocimiento de los efectos reales del legado vindicatorio. Al desestimarse el recurso interpuesto por la Sra. Kubicka ante el notario, ésta recurrió ante el Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim (Tribunal Regional de Gorzów Wielkopolski, Polonia).

9. Este órgano jurisdiccional polaco consideró que, en virtud de los artículos 23, apartado 2, letras b) y e), y 68, letra m), del Reglamento 650/2012, el legado vindicatorio estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, pero se preguntó en qué medida la ley aplicable del lugar en que estaba situado el bien, en este caso Alemania, sobre el que se instituía el legado, podía conllevar una limitación

Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-218/16 (Kubicka) de 12/10/2017 (a propósito del testamento de un no residente en España”, *Diario La Ley*, 20 de noviembre de 2017; G. VAN CALSTER, “Kubicka: Narrow CJUE interpretation of the ‘property law’ exception” (accesible en <https://gavclaw.com/tag/c-21816>) de 19 de octubre de 2017; Z. CRESPI REGHIZZI, “Succession and Property Rights in EU Regulation N° 650/2012”, *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2017, pp. 633-661; S. VAN ERP, “Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the lex rei sitae”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2016, pp. 342-352; J.J. MARÍN LÓPEZ, “Polonia invade Alemania: la sentencia Kubicka, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 76, noviembre/diciembre de 2017; P. TERESZKIEWICZ / A. WYSOCKA-BAR, “Polnische Indikationslegate vor dem EuGH: Besprechung der Vorlagefrage des Sad Okregowy in Gorzów Wielkopolski”, *GPR*, 4, 2017, pp. 197-202.

de los efectos reales de un legado vindicatorio previsto por la ley sucesoria que había sido elegida por la testadora. La *lex successionis*, en este caso, era ley polaca, por ser la ley nacional de la Sra. Kubicka en el momento de realizar el testamento, conforme establece el art. 22 del Reglamento sucesorio.

10. Las tres dudas interpretativas planteadas por el tribunal polaco fueron las siguientes.

- 1º Para el Tribunal polaco, teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento 650/2012, la “naturaleza de los derechos reales” estaba excluida del ámbito de aplicación de dicho Reglamento, la ley sucesoria, la ley polaca, no podía crear derechos no reconocidos por la *lex rei sitae*, la ley alemana, en el bien objeto del legado. Sin embargo, el tribunal polaco no tenía tan claro si esa misma disposición excluía igualmente del ámbito de aplicación del citado Reglamento los posibles modos de adquisición de derechos reales. A este respecto, el órgano jurisdiccional polaco estimó que la cuestión de la adquisición de derechos reales a través de un legado vindicatorio se regía exclusivamente por la ley sucesoria, es decir, por la ley polaca. El tribunal fundamentó su decisión en que la doctrina polaca en la materia compartía este análisis, a pesar de la exposición de motivos del proyecto de Ley alemán sobre el Derecho sucesorio internacional y por la que se modifican, entre otras disposiciones, las relativas al certificado sucesorio [Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT Drs.17/5451, de 4 de marzo de 2015], preveía que el Reglamento 650/2012 no obligaría a que el Derecho alemán reconociera un legado vindicatorio basado en un testamento otorgado con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, que sí lo reconociera.
- 2º Remitiéndose al artículo 1, apartado 2, letra l), del referido Reglamento, el órgano jurisdiccional polaco planteó también la cuestión de si la ley aplicable a los registros de derechos muebles o inmuebles podía tener alguna repercusión en las consecuencias sucesorias del legado. A este respecto, señaló que, si se reconoce que el legado produce efectos reales en materia sucesoria, la ley del Estado miembro en el que se lleva dicho registro únicamente determinará el modo de prueba de las consecuencias de la adquisición sucesoria, pero sin efectos sobre la adquisición en sí misma.
- 3º Teniendo en cuenta las dos cuestiones anteriores, el órgano jurisdiccional polaco consideró que la interpretación del artículo 31 del Reglamento 650/2012 dependía también de si el Estado miembro del lugar en que estaba situado el bien que constituía el objeto del legado, en este caso en Alemania, disponía o no de la facultad de poner en cuestión el efecto real de dicho legado, que se derivaría de la ley sucesoria que haya sido elegida, en este supuesto la polaca. Por tanto, estimó que la aplicación del artículo 31 en estas circunstancias estaba supeditada a que los Estados miembros dispusieran de dicha facultad.

Sobre la base de estas tres cuestiones, el Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim (Tribunal Regional polaco de Gorzowie Wielkopolski) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 2, letras k) y l), o 31, del Reglamento 650/2012 en el sentido de que permiten la denegación del reconocimiento de los efectos reales del legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) previsto por la ley sucesoria, cuando éste afecta a la propiedad de un inmueble situado en un Estado miembro cuya legislación no reconoce la institución del legado con efectos reales directos?.

2. Soluciones adoptadas por el TJUE. Conclusiones

11. Para adoptar la solución final a la cuestión prejudicial, el TJUE tuvo en cuenta los siguientes elementos:

- 1º Que el litigio principal se basaba en una sucesión testamentaria.
- 2º Que la testadora, nacional polaca residente en Alemania, podía elegir la ley polaca, como *lex successionis*, en virtud del artículo 22, apartado 1, del Reglamento 650/2012 que señala

que el testador podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de otorgar testamento, como ley que regirá la totalidad de la sucesión.

- 3º Que el Reglamento 650/2012 se basa en el principio de unidad de la ley aplicable a la sucesión, consagrado en su artículo 23, apartado 1. El considerando 37 del citado Reglamento, señala que, por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos que formen parte de la herencia, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado.
- 4º Que, por tanto, de conformidad con el artículo 23, apartado 2, letra e) del Reglamento 650/2012, dicha ley regirá, en particular, la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado. A este respecto, el artículo 1, apartado 2, del Reglamento 650/2012 enumera diversas materias que están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, entre las que figuran, en la letra k) de esta disposición, la “naturaleza de los derechos reales” y, en la letra l), la “inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”.
- 5º No se puede dejar de advertir que el TJUE cambia el sentido de la cuestión prejudicial planteada por el juez polaco. El juez polaco simplemente quería saber si debían denegarse los efectos reales a los legados vindicatorios previstos por la ley sucesoria, cuando el bien objeto del legado se encontraba situado en un Estado que no admite tales efectos. Sin embargo, el TJUE convierte la pregunta en positiva cuando no se pregunta por la “denegación” del reconocimiento de los efectos reales de los legados vindicatorios, sino por la “oposición a la denegación” del reconocimiento de tales efectos reales, es decir, por la “admisión” del reconocimiento de tales efectos reales, aunque el bien objeto del legado estuviera en un Estado que no los admite. La reformulación de la pregunta no tenía por qué afectar a la solución final de la cuestión prejudicial, pero el hecho es que sí parecía condicionar la conclusión final, como se verá a continuación.

12. Teniendo en cuenta estos elementos el TJUE dividió la cuestión prejudicial en tres problemas distintos:

- 1º En primer lugar, había que resolver si el artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento 650/2012 debía interpretarse en el sentido de que se oponía a la denegación del reconocimiento en Alemania de los efectos reales del legado vindicatorio previsto por el Derecho polaco. Para el TJUE, esta disposición excluye del ámbito de aplicación del Reglamento “la naturaleza de los derechos reales”.

Por un lado, como se desprendía de la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [COM (2009) 154 final, p. 5], dicha disposición se refiere a la cualificación de los bienes y derechos y a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos.

Por otro lado, la existencia y el número de los derechos reales en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*numerus clausus*) también están comprendidos en el ámbito de aplicación de esa disposición. Así, el considerando 15 del Reglamento 650/2012 señala a este respecto que el Reglamento no afecta al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros y que no se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico no reconoce tal derecho. En el presente asunto, tanto el legado vindicatorio, previsto por el Derecho polaco, como el legado damnatorio u obligacional, previsto por el Derecho alemán, constituyen modalidades de transmi-

sión de la propiedad de un bien, esto es, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y 47 de sus conclusiones, un derecho real reconocido en los dos sistemas jurídicos afectados. De este modo, la transmisión directa de un derecho de propiedad mediante un legado vindicatorio sólo afecta a las modalidades de transmisión de ese derecho real al fallecer el testador, transmisión que, según su considerando 15, justamente el Reglamento 650/2012 permite, de conformidad con la ley aplicable a la sucesión, la ley polaca en este caso, los legados vindicatorios. Pues bien, tales modalidades de transmisión no están comprendidas en la exclusión del artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento 650/2012.

El TJUE concluyó que había que entender que “el artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la denegación del reconocimiento, en un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico no reconoce la institución del legado vindicatorio, de los efectos reales producidos por dicho legado en la fecha de apertura de la sucesión con arreglo a la ley sucesoria elegida por el testador”. Es decir, que sí debían admitirse los legados vindicatorios instituidos válidamente en aplicación de la *lex successionis* con independencia de la *lex rei sitae*.

2º En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de si el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la denegación del reconocimiento de los efectos reales del legado vindicatorio, el TJUE señaló que, conforme a esta disposición, estaban excluidos del ámbito de aplicación del referido Reglamento cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo.

El considerando 18 del Reglamento 650/2012 indica a este respecto que “debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción [de un derecho real]”. Además, según el considerando 19 del mismo Reglamento, cuando “la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble deba ser inscrita con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro para producir efectos *erga omnes* o para la protección legal del negocio jurídico, el momento de dicha adquisición deberá regirse por el Derecho de ese Estado miembro”.

De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado sustancialmente en el punto 60 de sus conclusiones, que puesto que el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento 650/2012 sólo se refiere a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo, los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición.

Esta interpretación confirma el principio de unidad de la ley sucesoria, previsto en el artículo 23 del Reglamento 650/2012 —y especialmente en su apartado 2, letra e)—, que dispone que dicha ley regirá “la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones [...]”; y está en consonancia con la finalidad del Reglamento 650/2012, mencionada en su considerando 7, que consiste en facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que desean ejercer sus derechos derivados de una sucesión de carácter transfronterizo. Según este mismo considerando, en el espacio europeo de justicia es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión. En este contexto, admitir que el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento 650/2012 permite excluir del ámbito de aplicación de dicho Reglamento la adquisición de la propiedad de un bien mediante legado vindicatorio, como señalaba el juez polaco, supondría una fragmentación de la sucesión incompatible con el tenor del artículo 23 del citado Reglamento y con los objetivos de este.

Por consiguiente, el TJUE concluyó que “el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la denegación del reconocimiento, en un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico no reconoce la institución del legado vindicatorio, de los efectos reales producidos por dicho legado en la fecha de apertura de la sucesión con arreglo a la ley sucesoria que ha sido elegida”.

3º En tercer lugar, por lo que respecta a la interpretación del artículo 31 del Reglamento 650/2012, el TJUE partió de la redacción literal de este precepto que señala que “cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no reconozca ese derecho real en cuestión, éste deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que a aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo”.

El TJUE tiene muy claro que, en el asunto planteado, el derecho real que la Sra. Kubicka desea transmitir mediante legado vindicatorio es el derecho de propiedad sobre su participación en el inmueble situado en Alemania. Pues bien, consta que el Derecho alemán reconoce el derecho de propiedad que se atribuiría de ese modo al legatario en virtud del Derecho polaco.

Para el TJUE, el artículo 31 del Reglamento 650/2012 no trata de las modalidades de transmisión de los derechos reales, modalidades entre las que se incluyen en particular el legado vindicatorio y el legado damnatorio u obligacional, sino que versa únicamente sobre el respeto del contenido de los derechos reales, determinado por la ley aplicable a la sucesión (*lex causae*), y sobre su recepción en el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se invocan (*lex rei sitae*). Por ello, dado que el derecho real transmitido mediante el legado vindicatorio es el derecho de propiedad, que se reconoce en el Derecho alemán, no es preciso llevar a cabo la adaptación prevista en el artículo 31 del Reglamento 650/2012.

Por consiguiente, el TJUE concluyó que “el artículo 31 del Reglamento 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la denegación del reconocimiento, en un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico no reconoce la institución del legado vindicatorio, de los efectos reales producidos por tal legado en la fecha de apertura de la sucesión con arreglo a la ley sucesoria que ha sido elegida”.

En virtud de todo lo anterior, la conclusión final, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, para resolver la cuestión prejudicial planteada fue que “[...] los art. 1, ap. 2, letras k) y l), y 31 Reglamento nº 650/2012 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la denegación del reconocimiento por una autoridad de un Estado miembro de los efectos reales del legado vindicatorio, reconocido por el Derecho aplicable a la sucesión que el testador ha elegido con arreglo al art. 22, ap. 1, del citado Reglamento, cuando la denegación se basa en que ese legado se refiere al derecho de propiedad de un inmueble situado en dicho Estado miembro, cuya legislación no reconoce la institución del legado con efecto real directo en la fecha de apertura de la sucesión”.

3. Aplicación de la *lex successio* versus *lex rei sitae* después del caso Kubicka.

13. En realidad, lo que está detrás de esta cuestión prejudicial es el problema planteado sobre la compatibilidad de la aplicación de la *lex successio* con la aplicación de la *lex rei sitae*.

A) La postura del notario polaco

14. Si se centra el problema en la cuestión de los legados, sobre la base de la cuestión prejudicial planteada por el Juez polaco, la colisión entre la *lex successio* y la *lex rei sitae* está servida. El caso es muy interesante desde el punto de vista de la decisión del notario polaco –en realidad el oficial de la notaría, como señala la STJUE–. Hay que tener en cuenta que el art. 81 de la Ley del Notariado polaca (Prawo o notariacie de 14 de febrero de 1991, en su versión modificada por la Ley de 13 de diciembre de 2013) señala que el notario está obligado a denegar la formalización de un documento notarial contrario a Derecho.

Es ciertamente notable que el notario polaco de un Estado miembro distinto al Estado en el que el legado debe tener efectos, en este caso Alemania, rehúse a incluirlo en un testamento sobre la base de que tal legado no puede ser reconocido en otro Estado distinto. En Alemania se requiere un contrato celebrado ante notario entre los herederos y el legatario para la transmisión de la propiedad sobre el bien inmueble, teniendo exclusivamente el legado naturaleza obligacional. Por ello, aún después de la aplicación del Reglamento sucesorio, los legados reales en Alemania se adaptaban, en virtud del art. 31 del

Reglamento sucesorio, para que solo tuvieran efectos obligacionales, aunque con ello se provocara una degradación del legado. No en vano el Considerando 17 del Reglamento sucesorio parecía permitirlo al señalar que “la adaptación de derechos reales desconocidos explícitamente contemplada en el presente Reglamento no debe excluir otras formas de adaptación en el contexto de la aplicación del presente Reglamento”. Tras la STJUE queda claro que no se puede aplicar el art. 31 del Reglamento sucesorio para degradar el legado vindicatorio, no permitido en Alemania, y convertirlo en un mero legado damnatorio, con simples efectos obligacionales.

15. El notario polaco interpreta, desde su punto de vista, el Derecho alemán, donde estaba situado el bien objeto del legado, como si fuera un notario del Estado alemán. Se niega a autorizar el testamento con la inclusión de un legado vindicatorio por ser contrario a la legislación alemana (art. 2174 BGB). Sin embargo, la válida elección de ley realizada por la testadora a favor del Derecho polaco, su la ley nacional en el momento del otorgamiento (art. 22.1 del Reglamento sucesorio), debería haber sido suficiente para que el notario polaco admitiera la validez de un legado vindicatorio, admitido por el Derecho polaco; pues no debe olvidarse que es el Derecho polaco y no el Derecho alemán el que debía regir la sucesión. Más lógico parecería que la decisión final de no aceptar los efectos reales del legado vindicatorio hubiera sido adoptada por el registrador alemán, teniendo en cuenta el procedimiento registral al que se halla sujeto.

Sobre la base del artículo 35 del Reglamento sucesorio solo se puede dejar de aplicar una disposición de la ley sucesoria “si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro”. Dicho de otra forma, el notario polaco solo puede dejar de aplicar la norma que regula los legados vindicatorios en Polonia, como parte de la ley aplicable a la sucesión, si “es manifiestamente incompatible” con su orden público, que, en este caso, es también el Derecho polaco, por ser la *lex fori*. En realidad está considerando al Estado alemán, como Estado miembro del foro. En este sentido, el notario polaco está actuando como si de un notario alemán se tratara. Cuestión que también sería de dudosa legalidad; pues es muy discutible que la admisión solo de los legados con efectos obligacionales en Alemania pueda considerarse como una cuestión “manifiestamente incompatible” con la aplicación de la norma polaca, que contempla los efectos reales de un legado. La configuración de unos efectos u otros de los legados depende exclusivamente de una opción legislativa que, muchas veces, poco tiene que ver con el orden público de un concreto Estado. Dado que, en el estadio examinado, el orden público del foro no puede ser en ningún caso el del Estado alemán, y desechada por tanto esa consideración, lo que parece hacer el notario polaco es invocar la aplicación del orden público polaco para dar efectos a la *lex rei sitae* interpretada conforme lo haría un notario alemán. De esta forma el Derecho extranjero –el alemán– se aplica por un notario denegando la aplicación de su propio Derecho, –el polaco– que es además el Derecho aplicable a la sucesión internacional⁷. Los notarios, como autoridades competentes para autorizar testamentos deben acudir a la ley aplicable a la sucesión, cuando es internacional, si se cumplen las condiciones del art. 22 del Reglamento sucesorio, sin entrar en la aplicación de otras leyes distintas. Lo más que puede hacer un notario es advertir de los problemas que podrían plantearse con posterioridad a la hora de inscribir el bien inmueble objeto del legado en Alemania, si el notario es concededor de ese eventual problema jurídico. El notario autorizante debe redactar la escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, bajo su exclusiva responsabilidad, ateniéndose exclusivamente a la *lex successiois* y no a la *lex rei sitae*, puesto que se daría la paradoja de que tendría que aplicar y probar un Derecho extranjero para otro funcionario –el registrador de la propiedad– que interviniera después en otro Estado distinto. No se puede olvidar que el notario puede actuar como autoridad idónea para probar el Derecho extranjero ante el Registro de la Propiedad. Así, en España se recoge en el art. 36 del Reglamento Hipotecario y en los artículos 34-36 de la Ley 29/2015, de 30 de

⁷ S. VAN ERP, “Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the *lex rei sitae*”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2016, p. 352, donde se critica la posición del notario polaco, dado que la *lex rei sitae* no se usa como un escudo, sino como una espada. Sobre la competencia de los notarios de los Estados miembros de la Unión Europea para autorizar escrituras de elección de Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LVII, 2 de febrero de 2017, pp. 292-308.

julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, aplicables de forma supletoria en defecto de instrumento legal, internacional o europeo, a la prueba del Derecho extranjero⁸.

De este modo, el notario –sea español o extranjero– debe probar el Derecho que rija la sucesión internacional, advirtiendo las especialidades de la legislación registral de su país, no de las especialidades registrales del país donde estén situados los bienes sucesorios objeto del legado. En este supuesto, el notario polaco se extralimita y deja de aplicar la *lex successionis* en favor de la *lex rei sitae-lex registrationis*, anteponiendo las cuestiones de inscripción de los derechos reales en otro país distinto sobre las cuestiones sucesorias de transmisión de los bienes de la herencia. Anteponer la *lex rei sitae-lex registrationis* a la aplicación de la *lex successionis* podría frustrar la voluntad del testador de organizar su sucesión, cuando el Considerando 7 del Reglamento sucesorio señala de forma tajante justamente lo contrario: “[...] *En el espacio europeo de justicia, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión. Es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia*”.

B) Eficacia real u obligacional del título sucesorio, en concreto de los legados

16. Los legados, entendidos como disposiciones singulares –en contraposición con la sucesión universal–, se rigen igualmente por la *lex successionis*, conforme al art. 23 del Reglamento sucesorio. Con independencia del nombre que se les dé en los distintos ordenamientos jurídicos, las disposiciones *mortis causa* otorgadas en un Estado para, exclusivamente, los bienes situados en ese concreto país son disposiciones a título particular cuya calificación final corresponde a la *lex successionis*. Es, por tanto, una sola Ley la que debe regular la entera sucesión, sea a título particular o universal.

Los legados pueden tener efectos reales, por lo que el legatario adquiere automáticamente la propiedad del bien en el momento en el que el testador muere desde la apertura de la sucesión, independientemente de que la herencia haya sido aceptada, mediante una escritura otorgada por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y el legatario se encuentre expresamente facultado por el testador para posesionarse del bien legado –legado vindicatorio o *per vindicationem*–; o simplemente efectos obligacionales, por lo que el legatario tiene exclusivamente un derecho de crédito y una acción personal contra el gravado para obtener la entrega del bien, de modo que el legatario podrá exigir su cumplimiento y la transmisión posesoria de la cosa objeto de la prestación como acreedor de un derecho de crédito, pero no en concepto de propietario, siendo necesaria la entrega por parte del heredero o albacea –legado damnatorio o *per damnationem*–⁹.

Partiendo de que los legados pueden tener distintos efectos según los distintos sistemas sucesorios materiales, hay que preguntarse cómo se coordina la aplicación de la *lex successionis* con los efectos reales de los legados vindicatorios, en los casos en los que afecta a la propiedad de un inmueble situado en un Estado miembro cuya legislación no reconoce la institución del legado con efectos reales directos. Se trata en definitiva de un problema de coordinación entre la aplicación de la *lex successionis* y la *lex rei sitae*, entendida esta última como *lex registrationis*, es decir, entre la legislación aplicable al fondo de la sucesión internacional –con independencia del lugar de situación de los bienes hereditarios y de la naturaleza de los mismos– y la legislación registral –aplicable por el lugar de situación de los bienes inmuebles afectados por los legados que quedan bajo la aplicación de la *lex causae*–.

⁸ Existen en vigor para España distintos instrumentos legales de Derecho de la Unión Europea así como convenios internacionales que regulan la información del Derecho extranjero. Hay que destacar: a) La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001; b) Convenio europeo de Londres de 7 de junio de 1968 sobre información del Derecho extranjero, completado por el Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978; c) Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979; d) Convenios bilaterales en vigor para España como los firmados con Méjico, Brasil, República Checa y Eslovaca, China, Bulgaria, Marruecos, ex Unión Soviética, Uruguay, Argelia o Mauritania. *Vid.* al respecto, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, pp. 562-565.

⁹ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, “Breve nota sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-218/16 (Kubicka) de 12/17/2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)”, *Diario La Ley*, 20 de noviembre de 2017.

17. Las letras k) y l) del art. 1.2 del Reglamento sucesorio excluyen del ámbito de la ley aplicable a la sucesión, la naturaleza de los derechos reales, y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el registro. Y, sin embargo, el art. 23.2, letras b) y e) incluyen dentro del ámbito de aplicación de la *lex successio*, la determinación de los beneficiarios de los derechos sucesorios como la transmisión a los legatarios de los bienes que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia del legado. Como establece el Considerando 47 del Reglamento sucesorio, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se entiende como “beneficiarios” a los herederos y a los legatarios, pero la posición jurídica de los legatarios no es la misma en todos los sistemas jurídicos. “*En algunos sistemas jurídicos el legatario puede recibir una participación directa en la herencia, mientras que en otros sistemas jurídicos el legatario solo adquiere un derecho de reclamación contra los herederos*”. Cuando las leyes son distintas, la *lex successio* y la *lex rei sitae*, pueden verse frustradas las expectativas de los legatarios si dichos legados tienen efectos distintos según la ley aplicable, como ocurre en relación con Polonia y Alemania¹⁰. Esto es justamente lo que ha evitado el TJUE con las soluciones adoptadas en la sentencia citada.

18. Existen grandes diferencias en los distintos ordenamientos jurídicos a la hora de admitir los efectos de los legados. En algunos solo se admiten los legados con efectos obligacionales y, en otros sin embargo, aunque normalmente de forma excepcional, también se admiten los legados con efectos reales¹¹. Así, en Alemania, como ocurre en otros países como Holanda, los legados con efectos reales no existen; solo tienen efectos obligacionales. Simplemente se reconoce al legatario un mero derecho de crédito a la entrega del bien. En otros países, sin embargo, los legados pueden tener eficacia real *per vindicationem*, como ocurre en España, en Italia, en Francia, en Bélgica o en Polonia¹². Esta diferencia en la naturaleza jurídica de los legados, llevaba a que los legados extranjeros en Alemania se convirtieran en simples legados obligacionales, con lo cual se estaban degradando los legados vindicatorios obligando a hacerse la entrega por parte del heredero o albacea¹³.

19. Ahora bien, tras la STJUE de 12 de octubre de 2017, caso Kubicka, la adquisición del legado está exclusivamente sujeta a la *lex successio*, por lo que la *lex rei sitae* o *lex registrationis* no podrá degradar la eficacia del legado extranjero con efectos reales aunque dichas leyes no reconozcan tales efectos. Prima, por tanto, la aplicación de la *lex successio* sobre la aplicación de la *lex rei sitae* o *lex registrationis*. La solución otorgada en Alemania, que consiste en aplicar dos leyes distintas, una a los requisitos materiales de la sucesión conforme a la *lex causae* y otra a su eficacia conforme a la *lex rei sitae-lex registrationis*, supondría la fragmentación de la ley aplicable, incompatible con los principios de unidad y universalidad que vertebran las soluciones contempladas en el Reglamento sucesorio: solo

¹⁰ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, “Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2017, pp. 1-21; J. TARABAL BOSCH, “Adaptación de derechos reales a efectos sucesorios”, en M.E. GINEBRA MOLINS / J. TARABAL BOSCH (dirs), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 219-236, esp. pp. 229-230.

¹¹ *Vid.*, un estudio de Derecho comparado sobre la diferencias existentes en Derecho sucesorio, de especial importancia práctica tras la aplicación del Reglamento 650/2012 y, en concreto, en relación con los legados o la atribución a título particular, L. BALLESTER AZPITARTE / R. CABANAS TREJO, “Comparación esquemática entre los sistemas sucesorios de distintos estados europeos para el otorgamiento en España de testamento de no residente”, *Diario La Ley*, 27 de noviembre de 2017, pp. 1-15.

¹² En España se admiten los legados vindicatorios y se encuentran regulados en los arts. 882 y 885 del Cc.c. *Vid.*, al respecto, M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Art. 882 Cc.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario al Código Civil*, Tomo V, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 6446-6452; *Id.*, “Art. 885 C.c.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario al Código Civil*, Tomo V, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 6562-6469; I. ESPÍN LEGADOS, “Legados”, en M.C. GETE ALONSO (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, Civitas, 2011, pp. 1117-1150; J.A. MARTÍN PÉREZ, “El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Civitas, 2003, 5319-5338; J.M. REQUEIXO, “Clases de legados”, en M.C. GETE ALONSO (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, Civitas, 2011, pp. 1151-1258; J.J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo II, Vol. I, Dykinson, 2004, pp. 803-928; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, Tomo III, Bosch, 1994, pp. 7-148

¹³ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, “Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2017, p. 14. M. WELLER, en A. L. CALVO CARAVACA / A. DAVI / H. P. MANSSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 107-108.

puede aplicarse una única Ley a la entera sucesión, con independencia del lugar de situación de los bienes hereditarios y su naturaleza (punto 60 del Abogado General). De esta forma, en la medida en que el derecho real de propiedad que se quiere transmitir mediante el legado vindicatorio existe igualmente en el ordenamiento del país de situación, en este caso Alemania, debe respetarse el contenido de la disposición, tal y como la configuró la testadora polaca, en virtud del Derecho polaco elegido a través de una *professio iuris*, ex art. 22 del Reglamento sucesorio –ley nacional el causante en el momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa*–.

Antes de la STJUE de 12 de octubre de 2017, los efectos reales de los legados vindicatorios extranjeros se consideraban incompatibles con su inscripción en el Registro de la propiedad alemán, incluso una vez que el Reglamento sucesorio es de aplicación, por lo que para la adquisición de la propiedad era necesaria una adaptación del legado, conforme se prevé en el artículo 31 del Reglamento sucesorio¹⁴. Por tanto, se hacía necesaria la entrega por parte del heredero o albacea, aunque el legado tuviera efectos reales según la *lex successionis* (BGH de 28 de septiembre de 1994). Se trata de un problema recurrente en la práctica alemana que ha venido a desmoronar la interpretación de los jueces alemanes de entender que el Reglamento sucesorio no podía obligar a que el Derecho alemán reconociera un legado vindicatorio basado en un testamento otorgado con arreglo al Derecho de otro Estado miembro que sí lo reconociera, sobre la base de que el BGB considera todos los legados como obligacionales (art. 2.174)¹⁵. Se venía dando una interpretación propia conforme a la cual, en virtud del art. 31 del Reglamento sucesorio, los legados vindicatorios extranjeros pasaban a ser meros legados damnatorios u obligacionales en Alemania. Y todo ello con independencia de que la ley aplicable a la sucesión internacional admitiera los legados con efectos reales.

Los mismos efectos, pero a la inversa, se estaban produciendo en relación con los legados extranjeros sobre bienes inmuebles situados en España, en relación con su inscripción en el Registro de la propiedad español. De forma que aunque el legado extranjero solo tuviera efecto obligacional según la *lex successionis*, la adquisición por el legatario y la inscripción en el Registro español de un bien situado en España debían someterse no a la *lex successionis* sino al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y a su artículo concordante reglamentario, esto es, al art. 81 del Reglamento Hipotecario, con lo cual se facilitaba la entrega del legado, con los límites de las legítimas y la posibilidad de inscripción de la autorización concedida por el testador¹⁶. De este modo la *lex rei sitae* o *lex registrationis* ha venido primando sobre la *lex successionis* no solo antes de la aplicación del Reglamento sucesorio sino incluso después de su aplicación: RDGRN de 21 de marzo de 2016¹⁷, RDGRN de 26 de julio de 2016¹⁸ y RDGRN de 16 de marzo de 2017¹⁹. Así, con independencia de la ley aplicable a la sucesión, para formalizar e inscribir la adjudicación no era necesario contar con los herederos sino que bastaba haber obtenido la autorización del testador para la auto-entrega y que no se vieran afectadas las legítimas. El plano registral primaba sobre la cuestión de fondo y se separaban perfectamente los aspectos materiales de la sucesión internacional de los aspectos jurídico-reales, sobre todo, cuando se trataba de legados circunscritos a bienes inmuebles situados en España. Por ello, aunque el legado solo tuviera efectos obligacionales según la *lex successionis* –la *lex causae*–, la adquisición por el legatario y la inscripción en el Registro de la propiedad español se sometían al art. 81 del Reglamento Hipotecario, con los límites de las legítimas y la autorización del testador. La RDGRN de 26 de julio de 2016, en relación con una sucesión internacional regulada por la ley eslovaca, respecto a una posible inscripción por instancia de un bien inmueble situado en España, señala que los requisitos y práctica de los asientos es competencia exclusiva del Estado donde esté situado el Registro de la propiedad y, por eso, con independencia de lo que establezca la *lex successionis* “corresponder a la legislación española aceptar la instancia si es en efecto única

¹⁴ Vid., en este sentido, B. LAUKEMANN, “Die Lex Rei Sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion”, *Max Planck Institute Luxembourg*, Working Paper 2, 2014 (www.mpi.lu), pp. 1-27, esp. pp. 19-26.

¹⁵ T. LECHNER, *Die Reichweite des Erbstatuts in Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut anhand der Europäischen Erbrechtsverordnung 650/2012*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 305-339.

¹⁶ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, “Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2017, p. 13.

¹⁷ *La Ley* 19426/2016.

¹⁸ *La Ley* 115856/2016.

¹⁹ *La Ley* 16379/2017.

interesada en la sucesión, y a la legislación eslovaca, debidamente probada, establecer si en efecto es heredera única sin limitación". En el caso del ordenamiento jurídico español la limitación resultaría de las legítimas y de la posibilidad de inscripción de la autorización concedida por el testador. Pero es la RDGRN de 21 de marzo de 2016 la que de una forma mucho más contundente había señalado ya que "se trata de determinar los requisitos formales precisos para el acceso de la transmisión mortis causa al Registro de la Propiedad español cuestión que [...] antes y después de la aplicación del Reglamento [Reglamento 650/2012] se rige, por el art. 14 de la Ley Hipotecaria y por sus concordantes artículos reglamentarios"²⁰.

Dicha interpretación ya no es posible tras la STJUE en el caso Kubicka. Con la interpretación del TJUE habrá que tener en cuenta la ley aplicable a la sucesión internacional, y no la *lex rei sitae*, para determinar la eficacia del legado y, por tanto, las posibilidades de su adjudicación²¹.

III. Ámbito de aplicación de la *lex successiois* tras la interpretación del TJUE

20. El TJUE, en el caso Kubicka, ha interpretado de forma restrictiva las exclusiones contempladas en el art.1.2 del Reglamento sucesorio, en aras de la aplicación de una sola ley a la entera sucesión de una persona, tal y como establece el art. 23.1 del Reglamento sucesorio. Partiendo del hecho de que los legados se rigen por la *lex successiois*, conforme al art. 23 del Reglamento sucesorio, y que la STJUE citada ha venido a solucionar la coordinación de los efectos reales de los legados vindicatorios, en los casos en los que afecta a la propiedad de un inmueble situado en un Estado miembro cuya legislación no reconoce la institución del legado con efectos reales directos, es necesario precisar el ámbito de aplicación de la ley sucesoria tras la interpretación del TJUE en relación con las letras b) y e) del art. 23 del Reglamento sucesorio, que incluyen en el ámbito de aplicación de la *lex successiois*, la determinación de los beneficiarios de los derechos sucesorios como la transmisión a los legatarios de los bienes que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia del legado.

21. El artículo 23.1 del Reglamento sucesorio establece los principios de *unidad y universalidad*, cuando señala que la *lex successiois*, determinada según los artículos 21 del Reglamento sucesorio (regla general: la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento) o 22 del Reglamento sucesorio (*professio iuris* o elección de la ley aplicable: la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento), regirá la totalidad de la sucesión. Dichos principios tienen como objetivo la seguridad jurídica y evitar la fragmentación de la sucesión²². Por ello, el Considerando 37 del Reglamento sucesorio estima necesario que la *lex successiois* rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos que formen parte de la herencia, con independencia de su naturaleza y de su lugar de ubicación en otro Estado miembro o en un tercer Estado, contemplando todos los bienes del difunto como una masa única sometida, en principio, a una sola ley²³.

22. Esto significa, por un lado, que el Reglamento sucesorio quiere evitar una escisión "territorial" de la sucesión, es decir, la aplicación de varias leyes diferentes dependiendo de la naturaleza de los bienes y del lugar de situación. Por otro lado, el Reglamento sucesorio también quiere evitar una escisión "material" o "funcional" de la sucesión, es decir, la aplicación de leyes distintas a los diferentes aspectos de una sola y única sucesión; y, por ello, se establece que la *lex successiois* rige, en principio,

²⁰ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, "Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?", *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2017, p. 13.

²¹ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, "Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?", *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2017, p. 15.

²² E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional", en A. L. CALVO CARRASCOSA / GONZÁLEZ (Eds.), *Derecho Internacional Privado*, 17 ed., vol. II, Granada, Comares, 2017, pp. 705-706.

²³ G. KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession", sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, París, 2013, pp. 48-49.

la totalidad de las cuestiones que puedan derivarse de una sucesión, desde la apertura de la misma hasta la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios a sus beneficiarios²⁴. En este sentido, el Considerando 42 señala que “la ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal y como establece esa ley”²⁵.

El Reglamento sucesorio europeo, por tanto, ha optado, de manera muy clara y general, por el sistema de la unidad y universalidad de la sucesión *mortis causa* y así lo señala con claridad el TJUE en la STJUE 12 octubre 2017 (FD 44). Las normas de conflicto recogidas en el Reglamento sucesorio europeo conducen, como regla general, a la aplicación de una sola y única Ley estatal (principio de “unidad de la Ley sucesoria”) a toda la sucesión *mortis causa* (principio de “universalidad legal de la sucesión”). Dicha Ley debe regir “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 37 Reglamento sucesorio). Esta solución jurídica se construye, recuerda T. BALLARINO, sobre una base dogmática sólida y tradicional: la continuación de la persona del causante en sus herederos²⁶. Por otro lado, este principio de unidad de la Ley aplicable a la sucesión descansa sobre la idea subyacente de que la autoridad competente para decidir sobre la sucesión es también única: una sola autoridad competente y una sola Ley aplicable²⁷.

1. Cuestiones sometidas a la *Lex successio*

23. El artículo 23.2 del Reglamento sucesorio regula “el ámbito de la ley aplicable” y enumera una lista de materias incluidas en el ámbito de aplicación de la *lex successio* muy amplia, intentando abarcar la “totalidad de la sucesión”. Se trata de una lista ejemplificativa, no exhaustiva, dado que el artículo 23.2 del Reglamento sucesorio señala que la ley aplicable a la sucesión regirá “en particular” una serie de cuestiones²⁸.

24. Para determinar el ámbito de la ley aplicable a la sucesión, los redactores del Reglamento sucesorio se inspiraron en el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte y en los artículos 80 a 82 de la Ley de Derecho internacional privado belga de 16 de julio de 2004²⁹. Sin embargo, la normativa europea se separa de modo claro de las soluciones contenidas en el Convenio de 1989. En este sentido, por un lado, se ha mejorado la regulación legal del ámbito de aplicación de la *lex successio* en comparación con el Convenio de La Haya de 1989, ampliando de modo significativo su ámbito de aplicación. Así el artículo 7 del Convenio de La Haya enumera cinco materias y el artículo 23 diez cuestiones que quedan sujetas a la *lex succes-*

²⁴ Vid. Sobre los conceptos de escisión “territorial” y escisión “material” o “funcional”, M. FERID, ‘Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé’, *Hague Recueil*, t. 142, 1974, p. 110.

²⁵ A. BONOMI, “Article 23”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 367-368.

²⁶ T. BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *RDI*, 2013, n. 4, pp. 1116-1145, esp. p. 1119.

²⁷ A. DAVI, “Introduction”, en A. L. CALVO CARAVACA / A. DAVI / H. P. MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 1-69, esp. p. 37. La solución comporta diversas ventajas, puestas de relieve con de modo brillante por P. CHASSAING, P. CHASSAING, “La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012”, 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. 37-46.

²⁸ E. CASTELLANOS RUIZ, ‘Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional’, en A. L. CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ (Eds.), *Derecho Internacional Privado*, 17 ed., vol. II, Granada, Comares, 2017, p. 755; A. DAVI / A. ZANOBETTI, ‘Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea’, *CdT*, vol. 5-II, 2013, p. 18; ID., *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Torino, 2014, pp. 26-27; G. HOHLOCH, “Kommentierung der EuErbRVO”, en Erman, *BGB: Kommentar*, 14 ed., Köln, 2014, p. 6702.

²⁹ A. Bonomi, “Article 23”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 372; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris, 2013, pp. 69 y 74.

tionis, en la línea del carácter omnicompreensivo de la *lex successio*³⁰. Pero, además, por otro lado, el Reglamento sucesorio ha innovado profundamente las soluciones jurídicas sucesorias en relación con el referido Convenio, al incluir en el ámbito de aplicación de la *lex successio* la administración y la transmisión de la herencia.

25. El estudio de las materias reguladas por la *lex successio*, recogidas en el artículo 23 del Reglamento sucesorio debe hacerse teniendo en cuenta el artículo 1.2 del mismo Reglamento europeo que recoge las materias excluidas del ámbito de aplicación de la *lex successio*³¹. Muchas veces la exclusión e inclusión de una determinada materia en el ámbito de aplicación de la *lex successio* son las dos caras de una misma moneda, como se ha podido comprobar en el caso Kubicka. Dicho de otra manera, el artículo 1.2 del Reglamento sucesorio regula el ámbito de aplicación en sentido negativo y el artículo 23.2 del Reglamento sucesorio en sentido positivo.

Centrándonos en la interpretación de las letras b) y e) del Reglamento sucesorio, base legal de la STJUE en el caso Kubicka, conviene hacer las siguientes precisiones.

26. El artículo 23.2.b) del Reglamento sucesorio establece que la *lex successio* determina los beneficiarios y sus derechos sucesorios³². En este sentido, el Considerando 47 establece que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el término “beneficiarios” comprende “a los herederos y legatarios, así como a los legitimarios, aunque, por ejemplo, la posición jurídica de los legatarios no sea la misma en todos los sistemas jurídicos. En algunos sistemas jurídicos el legatario puede recibir una participación directa en la herencia, mientras que en otros sistemas jurídicos el legatario solo adquiere un derecho de reclamación contra los herederos”. La *delación* de la herencia se rige por la ley sucesoria, que deberá determinar la cuantía de los derechos hereditarios –legítimas, reservas–, las personas llamadas a suceder, el orden de la sucesión, la extensión del llamamiento, los derechos sucesorios del cónyuge o pareja viudos, el modo y los límites de la sucesión por representación y la transmisión del derecho de aceptar la herencia³³. No se puede oponer la excepción de orden público internacional, *ex* artículo 35 del Reglamento sucesorio, ni a los llamamientos a suceder de los hijos ilegítimos ni al exceso del número de llamamientos permitidos por el Derecho del foro. Sin embargo, sí se podrá oponer la excepción de orden público internacional frente a la aplicación de una ley extranjera que excluye de la *delación* hereditaria o que disminuye los derechos hereditarios en relación con ciertos sujetos por razones discriminatorias como su religión, ideología, creencia, raza, sexo...³⁴.

En concreto, la ley aplicable a la sucesión regirá³⁵: i) si la transmisión de los bienes es *ab intestato* o por el contrario lo es en virtud de una disposición *mortis causa*; ii) en el caso de las sucesiones *ab intestato*, las diferentes categorías de sucesores, generalmente agrupados en grados de parentesco, en concreto qué herederos son llamados a suceder y el orden; iii) en el caso de la sucesión testamentaria, los derechos y las obligaciones de los beneficiarios; así como las diferentes categorías de los sucesores y los criterios para distinguirlo; herederos instituidos en un testamento o en un pacto sucesorio, y, por supuesto los legatarios; y las modalidades de transmisión de los bienes hereditarios (representación, sustitución...); iv) si es posible una sustitución pupilar, ejemplar, vulgar o fideicomisaria; v) las condiciones y los efectos de las acciones sucesorias por las que los herederos, legatarios o cualesquiera otros

³⁰ D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, p. 81; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris, 2013, p. 71.

³¹ E. CASTELLANOS RUIZ, “Article 23”, en A. L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H. P. MANSEL (Eds), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 354; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, p. 40; G. HOHLÖCH, “Kommentierung der EuErbRVO”, en Erman, *BGB: Kommentar*, 14 ed., Köln, 2014, pp. 6698-6699.

³² G. HOHLÖCH, “Kommentierung der EuErbRVO”, en Erman, *BGB: Kommentar*, 14 ed., Köln, 2014, p. 6699.

³³ D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013p. 82.

³⁴ M. AZAVANT, “L’ordre public successoral”, *Droit de la famille*, Octubre, nº 10, 2013, p. 19; 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.

³⁵ A. BONOMI, “Article 23”, en A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 373-376.

beneficiarios puedan hacer valer sus pretensiones de naturaleza sucesoria (declaración de herederos, partición de la herencia, petición de los legados); vi) los derechos de todos los sucesores, lo sean por vínculo familiar o por cualquier otro vínculo con el difunto, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o pareja viudos³⁶. Ahora bien, los derechos que le corresponden por la disolución del régimen económico del matrimonio están excluidos de la *lex successio*, como establece de forma expresa el artículo 1.2.d) del Reglamento sucesorio.

Antes de la STJUE de 12 de octubre de 2017, caso Kubicka, existían fuertes conflictos de Leyes en relación con la ley aplicable a los legados y a los derechos de los legatarios. La opción del Reglamento sucesorio europeo es clara. El legado y los derechos de los legatarios se rigen por la *lex successio* y no por la ley del país de situación de los bienes. No es relevante el tipo de legado del que se trate. Puede ser un legado consistente en un derecho de crédito contra los herederos o un legado que consiste en la transferencia directa de la propiedad de un bien hereditario del causante al legatario. Habría que preguntarse si puede entenderse que el Estado miembro que sólo conoce el legado con efectos obligacionales contra el heredero pueda oponer su orden público internacional, *ex art.* 35 del Reglamento sucesorio, para negarse a aplicar el Derecho sucesorio de otro Estado que admite un *legatum per vindicationem*³⁷. Sin embargo, el TJUE ha hilado fino y ha indicado que, en realidad, cuando se lega la propiedad de un bien en virtud de un legado vindicatorio, el derecho real en cuestión es el “derecho de propiedad”, bien conocido en Alemania, por lo que no se puede alegar el orden público internacional del foro –del lugar de situación del bien inmueble objeto del legado– para no admitir los legados con efectos reales (FD 64 de la STJUE de 12 de octubre de 2017).

27. El artículo 23.2.e) del Reglamento sucesorio determina que la *lex successio* se aplica a la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado”. Abarca, por tanto, un gran número de cuestiones³⁸: la administración de la herencia, la determinación de los activos que integran la herencia, el régimen jurídico de la aceptación y renuncia de la herencia y del legado; el régimen jurídico de la herencia yacente; o la adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia³⁹. Por tanto, toda la transmisión tanto del activo como del pasivo queda sometida a una ley sucesoria única⁴⁰.

Existen dos grandes sistemas de administración de la herencia en el Derecho sucesorio material comparado; el “sistema latino” seguido por los países del *Civil Law*, y el “sistema anglosajón” seguido por los países del *Common Law*⁴¹. En el sistema del *Civil Law* y, en general, en los países latinos, una

³⁶ D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013pp. 82-83.

³⁷ J. P. SCHMIDT, “Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse (The Foreign legatum per vindicationem and its Effects in German Territory)”, *Max Planck Private Law Research Paper No. 12/15*, también en *RabelsZ*, 2013, pp. 1-30.

³⁸ A. BONOMI, “Article 23”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 380-387; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, p. 179; G. HOHLOCH, “Kommentierung der EuErbRVO”, en Erman, *BGB: Kommentar*, 14 ed., Köln, 2014, p. 6700; E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ (Eds.), *Derecho Internacional Privado*, 17 ed., vol. II, Granada, Comares, 2017, p. 759; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Rev crit dr int priv*, IV, 2012, p. 711; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris, 2013, pp. 74-75; F. SAUVAGE, “L’option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen”, sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris, 2013, p. 117.

³⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, p. 179.

⁴⁰ A. BONOMI, “Article 23”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016 p. 381; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Rev crit dr int priv*, IV, 2012, pp.712-715; F. SAUVAGE, “L’option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen”, sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris, 2013, p. 118.

⁴¹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado Eu-

vez aceptada la herencia se produce una transmisión directa del patrimonio del causante a los herederos, quienes de pleno derecho pueden proceder a la administración de los bienes hereditarios, salvo que el causante haya nombrado *ex professo* un albacea o contador-partidor o el juez, a petición de un interesado, nombre a un administrador⁴². En estos países, el control judicial de la administración de la herencia o no existe o es mínimo. Por ello, todos los problemas relativos a la administración de la herencia se regulan por la *lex successio*. En los países del *Common Law*, existe, sin embargo, un administrador o ejecutor judicial que se interpone entre el causante y los herederos, con amplias atribuciones, sometidas a un riguroso control judicial para conservar y liquidar el patrimonio del causante a fin de proceder a la ejecución hereditaria y a la atribución definitiva de los bienes hereditarios. En este sentido, los países anglosajones separan y distinguen los problemas estrictamente sucesorios de los de la administración de la herencia, sometiendo esta última a la *lex fori* –la ley del país donde tiene lugar la administración y que es la ley del Estado de donde deriva la “autoridad” del administrador– o a la ley del lugar de situación de los bienes, que si son inmuebles coincidirá con la *lex successio*. Así como los países poco organizados acogen, sin dificultad, los sistemas organizados de la administración de la herencia, lo contrario es más complicado de admitir –*ad ex.*, un juez inglés no comprenderá la pretensión de un heredero español desprovisto de autorización judicial de que se le entreguen los bienes situados en Inglaterra⁴³.

Vistas las grandes diferencias de regulación jurídica entre Estados de *Civil Law* y Estados de *Common Law*, el Reglamento sucesorio opta por acoger la solución de los países del *Civil Law*, incluyendo la administración de la herencia en el ámbito de aplicación de la *lex successio*, pero modulada por ciertas normas especiales bastante largas, farragosas y de complicada aplicación, relativas al nombramiento y a las facultades de los administradores de la herencia en ciertas situaciones, como establece el artículo 29 y el Considerando 43 del Reglamento sucesorio⁴⁴. De esta forma, también se tiene en cuenta, en parte, la solución de los países anglosajones, en los casos en los que el tribunal competente no aplique su propia ley y deba pronunciarse sobre una sucesión cuyo ordenamiento jurídico no prevea el nombramiento obligatorio de un administrador de la herencia, que en cambio sí prevé la *lex fori*.

El artículo 23 del Reglamento sucesorio también regula la aceptación y la renuncia de la herencia⁴⁵. En realidad el artículo 23.2.e) se refiere a “las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado”, por ello, la ley sucesoria determina si la adquisición de los derechos sucesorios se produce automáticamente por la apertura de la sucesión y la delación hereditaria, o si es preciso un acto especial de *aceptación*; así como la posibilidad de que la aceptación se produzca a beneficio de inventario (esta forma de aceptación, no prevista en todos los ordenamientos jurídicos, se admite por ejemplo en el Derecho español, artículo 1012 Código civil, o en el Derecho italiano, artículos 484-511 Código civil, y su aplicación en el extranjero puede dar lugar a dificultades derivadas de la inexistencia en el ordenamiento del foro de disposiciones procesales adecuadas para regularla⁴⁶); el régimen jurídico

ropeo de heredero’, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (cords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, (Barcelona, 2009), pp. 175-218; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. 179-181.

⁴² Existen excepciones a la transmisión directa del patrimonio del causante a los herederos en algunos países del *Civil Law*, como el caso del procedimiento de *Einantwortung* del Derecho austriaco, donde el traspaso de la propiedad a los herederos no se produce directamente sino a través de un procedimiento especial de aceptación. La muerte del causante no es suficiente para que se transmita la propiedad de sus bienes a los herederos. Es necesario un procedimiento sucesorio de aceptación de la herencia. *Vid.* A. BONOMI, “Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions”, *Hague Recueil*, vol. 350, 2010, pp. 333-334.

⁴³ Ch. BALDUS, “Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, nº 6, 2012, pp. 212-215; *Id.*, ‘¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?’, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 4, 2009, pp. 419-438. J.A. CARRILLO SALCEDO, ‘La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado’, *Rev esp der int*, vol. XIV, 1961, pp. 169-194.

⁴⁴ P. LAGARDE, ‘Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions’, *Rev crit dr int priv*, IV, 2012, p. 714.

⁴⁵ A. BONOMI, “Article 23”, en A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 384-387.

⁴⁶ La admisión de esta institución, por ejemplo, ha dado muchos problemas a los jueces alemanes, dado que el ordenamiento jurídico alemán no conoce la aceptación a beneficio de inventario. Esto es lo que ha ocurrido en el Sentencia Oberlandesgericht Bávara, de 2 de diciembre de 1965, caso *Zannantonio* en, *NJW* 1967, pp. 447 y siguientes. *Vid.*, al respecto, M. FERID,

de la aceptación de los legados y si se puede o se debe aceptar total o parcialmente una herencia con mayor pasivo que activo⁴⁷. Con la STJUE queda claro que los efectos de los legados se rigen por la *lex successionis* con independencia de los efectos que tengan en el país del lugar de situación de los bienes, objeto del legado.

28. En cuanto a la adquisición de los derechos reales sobre bienes de la herencia, la regla general es la aplicación de la *lex successionis*. El Reglamento sucesorio europeo ha optado, como punto de partida, por la tesis de la prevalencia total de la *lex patrimonii* como *lex successionis*. Por tanto, la regla general acogida por el Reglamento sucesorio europeo es que la adquisición de derechos reales sobre los bienes que forman parte de la herencia se rige por la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* determinada con arreglo al Reglamento sucesorio europeo y no por la *lex rei sitae* o Ley del país donde los bienes hereditarios se encuentran. Esta solución se extrae de diversas disposiciones del Reglamento 650/2012. El art. 23.1.e) indica que la *lex successionis* regirá “la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado”. Además el Considerando 42 confirma de manera muy clara esta solución. La Ley aplicable regulará la sucesión “desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley”. Esta aplicación de la *lex successionis* a la transferencia de la propiedad sobre los bienes de la herencia se confirma por la primera frase del art. 31 del Reglamento sucesorio, que indica que cuando una persona “invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión...”. El TJUE lo ha subrayado en su sentencia de 12 de octubre de 2017 (FD 55-57).

Por tanto, es la Ley que regula la sucesión la que rige la transmisión de los derechos reales sobre los bienes de la herencia. La Ley del lugar de situación de los bienes no es aplicable a esta cuestión. Queda claro, por tanto, que el legislador europeo ha establecido una regla general muy clara: la tesis de la prevalencia total de la *lex successionis*. El legislador europeo ha estimado que la regla *lex rei sitae* es una “regla general” operativa en el sector de los derechos reales, y que sólo se aplica para precisar la Ley estatal reguladora de los bienes singulares (*bienes uti singuli*) no integrados en ningún otro patrimonio que esté sujeto a una Ley estatal propia y distinta (*lex patrimonii*). La *lex patrimonii* como *lex successionis* excluye totalmente a la *lex rei sitae* en materia de transmisión. En consecuencia, la transferencia de propiedad y de los derechos reales sobre los bienes integrados en un patrimonio hereditario son cuestiones sujetas, exclusivamente, a la Ley reguladora de la herencia, esto es, a la *Lex Successionis*.

Por ejemplo, si la Ley de la sucesión es la Ley inglesa resultará que la propiedad de los bienes de la herencia no se transmite a los herederos, sino que pasa al *trustee for sale* desde el momento mismo en el que el *trustee* acepta su cargo. El *trustee*, sin embargo, no está autorizado a integrar y a confundir los bienes de la herencia en su patrimonio propio. Debe administrar esos bienes para proceder posteriormente a la liquidación de la herencia y distribuir los bienes remanentes entre los herederos. La propiedad de los bienes pasa a los herederos cuando el *trustee*, liquidadas las deudas de la herencia, se los entrega, pero no antes. A tal efecto, es irrelevante el país de situación de los bienes. Por tanto, si la Ley de la sucesión es la Ley inglesa, los herederos no adquieren la propiedad de los bienes de la herencia con arreglo al Derecho español incluso si tales bienes se hallan en España.

Del mismo modo, si la Ley sucesoria es el Derecho polaco y éste establece que un bien puede ser objeto de un legado vindicatorio, de forma que pasa directamente a ser propiedad del legatario a la

⁴⁷ ‘Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé’, *Hague Recueil*, t. 142, 1974, pp. 125 y ss; A. DAVI, “Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni”, *Riv dir int*, 2005, p. 337; y A. DAVI / A. ZANOBETTI, ‘Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea’, *CdT*, vol. 5-II, 2013, p. 27, especialmente nota a pie número 96.

⁴⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, p. 186; F. SAUVAGE, ‘L’option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen’, sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris, 2013, pp. 117-124; J. P. SCHMIDT, “Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse (The Foreign legatum per vindicationem and its Effects in German Territory)”, *Max Planck Private Law Research Paper No. 12/15*, también en *RabelsZ*, 2013, pp. 1-30.

fecha del fallecimiento del causante, así será, de modo que no es aplicable la Ley alemana aunque el bien objeto del legado esté situado en Alemania. Se salvaguarda así la unidad de la sucesión, como establece la STJUE de 12 octubre de 2017 (FD 57).

Por tanto, la adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia se trata de una cuestión regulada por la *lex successio* nis, como establece no solo el artículo 23.2.e) del Reglamento sucesorio, sino el artículo 31 y los Considerandos 15 y 42, y ha confirmado la STJUE 12 octubre 2017 (FD 55-57)⁴⁸.

29. En cuanto a la adaptación de los derechos reales desconocidos, la STJUE 12 de octubre 2017 no ha sido clara sobre la cuestión. Se ha limitado a afirmar que la transmisión de la propiedad de un bien se rige por la Ley que regula la sucesión. En consecuencia, la “transmisión directa de un derecho de propiedad mediante un legado vindicatorio” se rige por dicha Ley sucesoria y no por la Ley del lugar de situación del bien. Sin embargo, la STJUE 12 octubre 2017 no ha aclarado la cuestión de saber si, en el caso de que el Derecho del país de situación de un bien inmueble exija su inscripción en un Registro de dicho país para que se produzca la transmisión de la propiedad, dicha transferencia de propiedad se debe regir por el Derecho del país de situación del bien o no. En realidad, el TJUE se ha limitado a afirmar que un bien puede transmitirse por legado vindicatorio con arreglo a la Ley de la sucesión y por tanto surte efectos reales, aunque el Derecho del país de situación del bien no admita el legado vindicatorio y sólo regule el legado obligacional. El Abogado General (punto 60) señala que “*no es posible en todos los casos convertir el requisito de la inscripción en una condición a la adquisición del derecho real*”. De sus conclusiones puede desprenderse que el certificado sucesorio europeo sería suficiente para obtener la inscripción; por lo que no sería necesario el acuerdo con el heredero. Incluso, el Abogado General destaca que hay ordenamientos jurídicos, como el de los Países Bajos, que no admiten el legado vindicatorio pero ha adaptado sus disposiciones en materia de registros para que el legatario vindicatorio pueda inscribir su derecho de propiedad sobre la base del certificado sucesorio europeo que daría fe de que el legatario ha adquirido el bien inmueble objeto del legado.

No obstante, para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el art. 31 del Reglamento sucesorio europeo contempla una “*adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro*”. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya Ley estatal se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. A estos efectos, podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la ley extranjera (Considerando 16). Este modo de llevar a cabo la “adaptación de derechos reales desconocidos”, explícitamente contemplado en el Reglamento, según el Considerando 17 no debería excluir “*otras formas de adaptación*” en el contexto de la aplicación del Reglamento sucesorio europeo. Después de la STJUE en esas “otras formas de adaptación” no cabe la práctica seguida en Alemania de convertir los legados vindicatorios en meros legados obligacionales, como venían haciendo hasta ahora los operadores jurídicos alemanes, pues el Tribunal de Luxemburgo ha dejado muy claro que en ambos casos se hace referencia al mismo derecho real, el de propiedad.

30. También se somete a la *lex successio* nis el régimen jurídico de la herencia yacente. Se trata de las situaciones que se producen cuando, una vez abierta la herencia, no hay heredero porque es desconocido o todavía no ha aceptado. Se trata de un patrimonio cuyo titular se encuentra transitoriamente indeterminado, pero está destinado a ser adquirido por los herederos. Una vez abierta la sucesión, el heredero no adquiere los bienes hereditarios hasta el momento en que se produce su aceptación tácita o expresa de la herencia. En el período que media entre el fallecimiento del causante y la aceptación del

⁴⁸ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ (Eds.), *Derecho Internacional Privado*, 17 ed., vol. II, Granada, Comares, 2017, p. 761.

heredero, el patrimonio hereditario *yace* a la espera de que se realice la manifestación de voluntad de los causahabientes, por eso tiene la denominación de “yacente”. Pues bien, el reparto de la herencia en este caso, su administración, organización, custodia de los bienes, beneficiarios de la herencia...se regulan por la *lex successio- nis*.

2. Cuestiones sometidas a la *lex rei sitae* o *lex registrationis*

31. El artículo 1.2 regula las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de la *lex successio- nis*. Centrándonos en las cuestiones a las que se refiere la STJUE, en el caso Kubicka, las letras k) y l) del artículo 1.2 del Reglamento sucesorio excluyen de la aplicación de la *lex successio- nis* “la naturaleza de los derechos reales, y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”.

En relación con esta exclusión es conveniente precisar aspectos varios.

La Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* puede determinar la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles. Ello puede comportar la aplicación de una Ley extranjera a cuestiones que afectan a la propiedad de bienes situados en otro Estado. Sin embargo, ello no debe afectar al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde radiquen los bienes. Por tanto, no se debe exigir a un Estado miembro que reconozca o que introduzca en su legislación nacional un derecho real relativo a bienes ubicados en el territorio de ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho real (Considerando 15). Y ello aunque con arreglo a la Ley que rige la sucesión, ese derecho real desconocido se haya transmitido correctamente a heredero o legatario.

Como se señalaba con anterioridad, para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el artículo 31 del Reglamento sucesorio europeo contempla una “*adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro*”. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya Ley estatal se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. Ahora bien, en el caso de Alemania, los legados vindicatorios extranjeros no se pueden adaptar al modelo alemán, en virtud del art. 31 del Reglamento sucesorio, pasando a ser meros legados obligacionales, pues tras la STJUE 12 octubre 2017 los legados se regulan directamente por la *lex successio- nis* al ser considerados como una modalidad de transmisión de la propiedad de un bien perfectamente reconocido en el Derecho alemán.

32. La Ley aplicable al contenido del derecho real transmitido por vía sucesoria así como las prerrogativas de su titular se rigen por la *lex rei sitae* (art. 10.1 CC).

No obstante lo anterior, como se ha señalado *infra*, el legado vindicatorio previsto por el Derecho polaco y por otros ordenamientos nacionales así como el legado damnatorio u obligacional, típico del Derecho alemán, constituyen “modalidades de transmisión de la propiedad de un bien”. El legado vindicatorio no constituye un derecho real desconocido en Alemania sino una mera modalidad de transmisión, –una transmisión directa–, de un derecho de propiedad (STJUE 12 octubre 2017, FD 49). Por tanto, un Estado cuya Ley no admite el legado vindicatorio, como el Derecho alemán, no puede ampararse en el art. 1.2, letra k) del Reglamento sucesorio para denegar el reconocimiento, en dicho Estado miembro, de un legado vindicatorio ni de los efectos reales que éste surte en la fecha de apertura de la sucesión con arreglo a la ley sucesoria elegida por el testador, tras la STJUE 12 octubre 2017 (FD 51).

33. Están excluidos del Reglamento sucesorio europeo los efectos de la inscripción de los derechos en el registro. En consecuencia, el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro determina si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo respecto de la transmi-

sión de la propiedad. El TJUE guarda silencio, sin embargo, sobre la cuestión de saber si, visto que en Derecho alemán la inscripción de la propiedad objeto de legado debe ser inscrita para producir efectos traslativo de la misma, la falta de inscripción registral en Alemania de la propiedad de un inmueble sito en Alemania y objeto de un legado vindicatorio supone que la propiedad debatida no se adquiere. Dicho de otro modo, la propiedad se transmite según el Derecho polaco, como *lex successionis*, pero el TJUE no resuelve la cuestión de si la falta de inscripción en Alemania del bien en cuestión impide, con arreglo al Derecho alemán, la transmisión de la propiedad. Puede deducirse que está implícito de la conclusión del TJUE y sobre todo del Considerando 18 del Reglamento sucesorio en consonancia con las exclusiones contempladas en las letras k) y l) del art.1.2 del Reglamento sucesorio. De esta forma, la falta de inscripción registral en Alemania de la propiedad de un inmueble sito en Alemania y objeto de un legado vindicatorio supondría que la propiedad debatida no se adquiere, pero el TJUE no lo ha señalado de forma expresa. De entenderse así, podría alterarse el ámbito de aplicación material de la *lex successionis*, que se vería reducido en una cuestión de importancia jurídica estratégica. En efecto, si el Derecho alemán exige que los bienes de la herencia se inscriban en el Registro de la propiedad alemán con las condiciones y requisitos legales exigidos por el Derecho alemán, resultará que, hasta que eso no suceda, la *lex successionis* sería insuficiente para que se produzca la transmisión de la propiedad.

Y aunque la inscripción en un Registro de la propiedad no se exija como requisito de la adquisición de la propiedad sobre el bien objeto del legado, los efectos del asentamiento registral corresponden al Estado del registro, no a *lex successionis*, y por ello habrá efectos *erga omnes* o vinculados a la protección legal del negocio jurídico que dependerán necesariamente de la inscripción respecto de los inmuebles inscritos en su registro, rigiéndose el momento de dicha adquisición por el Derecho de ese Estado miembro (Considerando 19). De entenderse limitado de esta forma el alcance de la STJUE, se haría inevitable en estos casos la adaptación de los regímenes registrales si quiere evitarse que el legatario/propietario se encuentre en una especie de limbo jurídico en tanto no se formalice la inscripción⁴⁹. Si el Derecho alemán, por ejemplo, exige que los bienes de la herencia se inscriban en el Registro de la propiedad alemán con las condiciones y requisitos legales exigidos por el Derecho alemán, resultará que, hasta que eso no suceda, la *lex successionis* será insuficiente para que se produzca la transmisión de la propiedad, con lo cual el legatario/propietario quedaría atrapado en el limbo jurídico mencionado, en tanto que la inscripción del bien en el Registro no se produzca.

Así, según el Considerando 18, los requisitos para llevar a cabo la inscripción, en un registro público, de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento. Será el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*: en España, art. 10.1 CC) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria (RDGRN 29 junio 2015, inscripción de bien inmueble, legado, causante alemán y heredero alemán). En particular, las autoridades podrán comprobar que el derecho del causante sobre los bienes sucesorios mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que esté situado el registro. Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades del registro deben aceptar los expedidos por las autoridades competentes de otro Estado miembro cuya circulación se contempla en el Reglamento. En particular, el “certificado sucesorio europeo” expedido en virtud del Reglamento debe constituir un documento válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro. La autoridad que expide el certificado sucesorio europeo debe tener en cuenta las formalidades que se exigen para la inscripción de bienes inmuebles en el Estado miembro en que esté situado el registro, por lo que el Reglamento prevé el intercambio de información sobre tales formalidades entre los Estados miembros (Considerando 68). Todo lo anterior no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley

⁴⁹ R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, “Breve nota sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-218/16 (Kubicka) de 12/10/2017 (a propósito del testamento de un no residente en España”, *Diario La Ley*, 20 de noviembre de 2017.

del Estado miembro en el que esté situado el registro, por ejemplo información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente puede indicar a la persona que solicita la práctica del asiento cómo puede proporcionar la información o los documentos que faltan (Considerando 18). Como se ha señalado con anterioridad, el Abogado General, en el caso *Kubicka*, (punto 60) considera que “no es posible en todos los casos convertir el requisito de la inscripción en una condición a la adquisición del derecho real”. De sus conclusiones puede desprenderse que el certificado sucesorio europeo sería suficiente para obtener la inscripción; por lo que no sería necesario el acuerdo con el heredero. Incluso, el Abogado General destaca que hay ordenamientos jurídicos, como el de los Países Bajos que no admite el legado vindicatorio pero ha adaptado sus disposiciones en materia de registros para que el legatario vindicatorio pueda inscribir su derecho de propiedad sobre la base del certificado sucesorio europeo que daría fe de que el legatario ha adquirido el bien inmueble objeto del legado.

IV. A modo de solución

34. A mi juicio, las eventuales fricciones que puedan producirse entre la *lex registrationis*, es decir, las regulaciones hipotecarias de los países donde se encuentren localizados los bienes y la *lex successio*, el régimen material de la sucesión en el ordenamiento extranjero que la regule, como probablemente suceda a la hora de inscribir el legado vindicatorio contemplado por la STJUE, van a requerir de un esfuerzo interpretativo facilitador de un enlace armónico entre ambos sistemas: el registral y el material sucesorio.

35. Para lograrlo, será preciso identificar los requisitos hipotecarios que son reflejo de la regulación material del sistema sucesorio del lugar donde se encuentre situado el bien, y prescindir de su exigencia por no concurrir el supuesto de hecho de la norma. Pensemos en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario español, donde se parte de la premisa de que los legados son obligacionales y únicamente se permite la inscripción directa, de un legado vindicatorio, por el legatario en los apartados a) y d), es decir, cuando no existan legitimarios y aquél se encuentre expresamente facultado por el testador para posesionarse de la cosa legada, o cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor ni albacea facultado para ello. En el supuesto de hecho de esta norma se encuentran implícitamente comprendidas las disposiciones materiales que regulan la figura del legado en los artículos 817, 882, 885 y concordantes del Código Civil, junto con una determinada interpretación de las mismas. Dicho de otro modo, existe una coordinación entre la normativa hipotecaria española y las normas materiales que regulan los legados en el ordenamiento jurídico español.

No tendría sentido aplicar esas mismas restricciones cuando la ley aplicable a la sucesión internacional no exija unas cautelas semejantes, sencillamente porque el entorno normativo que justifica su existencia es otro diferente y, por tanto, falta la premisa para la aplicación de la consecuencia jurídica. Faltaría, en definitiva, el supuesto de hecho referido a la regulación de los legados en el ordenamiento jurídico español.

36. La cuestión es que, con arreglo al Derecho alemán, para la inscripción del bien legado en el Registro de la propiedad será necesaria la entrega formal por parte del heredero, requisito acorde con la eficacia obligacional de los legados (art. 2.147 BGB); sin embargo, el Derecho polaco, admite los legados vindicatorios (art. 981 del Kodeks Cywilny. Código Civil), es decir, aquellos en los que el legatario adquiere la propiedad directamente del causante, razón por la que el requisito de la entrega pierde su fundamento. Por tanto, no se puede impedir el acceso al Registro de la propiedad porque el bien legado no haya sido entregado por el heredero. Lo importante es que se pueda inscribir el bien objeto del legado.

37. Las normas generales que regulan los requisitos legales para la práctica de los asientos registrales (en nuestro ordenamiento, los principios de titulación pública, de rogación, de calificación y de tracto sucesivo), así como las que determinan los efectos de la inscripción (los principios de legitimación y fe pública), no están indisolublemente vinculadas con un específico régimen sustantivo de

transmisión sucesoria, sino que perfilan una concreta *lex registrationis*, con independencia de la *lex successionis* que determine el curso de los bienes y la forma en que se produzca el tránsito sucesorio. Junto a esas previsiones de alcance general, existen otras que imponen adicionalmente otros requisitos para la práctica de determinados asientos por razón del régimen sustantivo a que la institución se halla sujeta en el ámbito local, como por ejemplo la entrega formal por parte del heredero del legado, y son estas condiciones complementarias las que no habrán de exigirse cuando no resulten coherentes con la regulación material de la sucesión. No son más que condiciones que funcionan como complemento registral de un régimen material sucesorio concreto que deben quedar reguladas por la *lex successionis*.

38. Ello está muy claro en el Reglamento sucesorio, puesto que según el art. 23.2.e) la transmisión de los bienes y derechos de la herencia se rige por la ley aplicable a la sucesión, aunque el art. 1.2 k) y l) disponga que las cuestiones de la naturaleza de los derechos reales así como las registrales están excluidas. Pero, la *vis atractiva* de la ley aplicable a la sucesión, *ex art. 23.2.e)* es mayor que la de la de sus exclusiones, *ex art. 1.2 k) y l)*, que deben interpretarse de forma restrictiva, a la luz de la STJUE en el caso Kubicka.

39. En definitiva, aunque el TJUE guarda silencio sobre si la propiedad objeto de legado debe ser inscrita para producir efectos traslativos de la misma en Alemania, lo verdaderamente relevante no es que se exija la inscripción registral en Alemania de la propiedad de un inmueble sito en Alemania y objeto de un legado vindicatorio, sino que al legatario no se le niegue la posibilidad de su inscripción, pues el bien ha sido legalmente entregado, según la Ley sucesoria, al legatario.

40. Por tanto, la ley sucesoria no retrocede ni queda limitada porque se exija la inscripción con efectos constitutivos para la transmisión de la propiedad o de los demás derechos reales –como ocurre en Alemania (art. 873 BGB)–, pues no tiene que ver con el régimen de circulación de los derechos reales. Lo importante es que, con independencia de ese régimen de circulación, no se pueda impedir inscribir la propiedad derivada de un legado vindicatorio que se admite por la ley sucesoria, aunque no por la *lex rei sitae*, pues se trata de un tema de fondo y no de una mera cuestión registral.

Es fundamental distinguir los campos normativos, la competencia de cada Ley: el derecho de propiedad a través del legado vindicatorio se le otorga al legatario en virtud de la ley aplicable a la sucesión, por lo que la legitimidad del título de la propiedad no se puede discutir ni cuestionar por la *lex registrationis*. Ahora bien, es la *lex registrationis* la que puede exigir determinados requisitos, como la inscripción en el Registro de la propiedad, para que el legatario goce de la propiedad plena; pero esto no afecta en ningún caso a la eficacia de la *lex successionis*. Lo mismo sucedería en el caso contrario, es decir, si el bien objeto del legado estuviera situado en España y la *lex successionis* fuera la Ley alemana, que no permite los legados vindicatorios. En este supuesto, dado que en España no es necesaria la inscripción del bien en el Registro bastaría con la entrega del bien objeto del legado para que se produjera la transmisión de la propiedad. Pero en realidad, esta diferencia en cuanto a los efectos de la inscripción es un tema menor pues, sea o no la inscripción constitutiva, la protección que le otorga el Registro al legatario es tan importante que la convierte no en obligatoria pero sí en necesaria.

41. Aristóteles decía que el efecto es parte de la esencia, por tanto si es válido el legado vindicatorio para transmitir la propiedad del bien objeto del legado según la ley aplicable a la sucesión debe producir efectos allí donde se encuentre situado.

DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR POLIGAMIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

DENIAL OF THE ACCESS TO THE SPANISH NATIONALITY BY POLIGAMY: CASE-LAW ANALYSIS

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

Profesora Ayudante de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 13.01.2018 / Aceptado: 07.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4118>

Resumen: La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 deniega la adquisición de la nacionalidad española a un ciudadano de la República de Guinea por polígamo, al no cumplir con el requisito del “*suficientemente grado de integración en la sociedad española*” (art. 22.3 CC), dando la razón así a la DGRN. Se analiza la jurisprudencia existente tratando de definir este concepto jurídico indeterminado, aunque también se ha dotado de contenido al mismo mediante algunas normas. De dicho análisis, se concluye que aunque la poligamia resulte válida conforme a la Ley nacional del sujeto (art. 9.1 CC), constituye una realidad contraria a los principios fundamentales del Derecho matrimonial español. Así que la ley extranjera que permite que una persona afectada por impedimento de ligamen (art. 46.2° CC) pueda casarse con otra persona, atenta contra el orden público internacional español (art. 12.3 CC). Sin embargo, los tribunales consideran que deben analizarse las circunstancias de cada caso, para comprobar que efectivamente el sujeto extranjero ejerce la poligamia de forma efectiva, y si no es así, se le debe otorgar la nacionalidad española, en contra de la opinión de la DGRN, que deniega la nacionalidad española porque en la certificación extranjera de matrimonio el sujeto opta por la poligamia, sin tener en cuenta si la ha ejercido realmente. En cualquier caso, se estudian también los efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos en España, cuando el sujeto polígamo adquiere la nacionalidad española mediante fraude o engaño.

Palabras clave: Nacionalidad española, poligamia, grado suficiente de integración en la sociedad española, orden público internacional.

Abstract: The Judgment of the Audiencia Nacional Court (Sala de lo Contencioso-administrativo) of September 11, 2017 denies the acquisition of the Spanish nationality to a citizen of the Republic of Guinea legally married to several women in his country of origin, due to the lack of “*sufficient degree of integration in the Spanish society*” (Art. 22.3 CC), confirming the statement of the DGRN (administrative Spanish authorities). In the existing jurisprudence this indeterminate legal concept is defined, although some rules do regulate it as well. From this analysis, we conclude that although polygamy is valid according to the national law of the foreign individual (Art. 9.1 CC), it constitutes a reality against the fundamental principles of Spanish marital law. So the foreign law that allows a person affected by hindrance to marriage (Art. 46.2° CC) can get married with another person, violates the Spanish public policy rule (Art. 12.3 CC). However, the courts consider that the circumstances of each case should

be analyzed to verify that the foreign individual effectively exercises polygamy, and if not, he should access to the Spanish nationality, in opposition to the DGRN opinion, which denies the access to the Spanish nationality because the applicant chooses polygamy in the foreign marriage certificate, although he has not really exercised it. In any case, the legal effects of polygamous marriages in Spain are also studied, when the polygamous applicant acquires the Spanish nationality through fraud or deception.

Keywords: Spanish nationality, polygamy, sufficient level of integration in the Spanish society, public policy rule.

Sumario: I. Antecedentes de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017. 2. II. Análisis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 noviembre de 2015, resolviendo la solicitud de nacionalidad española por residencia de un ciudadano polígamo nacional de la República de Guinea: 1. Efectos en España de los matrimonios poligámicos. 2. Criterio seguido por la DGRN en relación con dichos matrimonios poligámicos. III Motivos de impugnación alegados por el demandante en el recurso contencioso-administrativo presentado contra dicha Resolución de la DGRN. IV. Fundamentos del fallo de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017: 1. Suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 CC). 2. Orden público internacional (art. 12.3 CC). V. Conclusiones.

I. Antecedentes de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017¹

1. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima), de 11 de septiembre de 2017, fue dictada como respuesta al recurso contencioso-administrativo núm. 190/2016, presentado por un ciudadano nacional de la República de Guinea, contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 10 de noviembre de 2015. En dicha resolución se le denegaba la nacionalidad española, solicitada por el demandante ya que cumplía con la condición de llevar diez años residiendo en España (art. 22.1 Código Civil).

Con el objetivo de entender la sentencia, primero se van a explicar los hechos que tuvieron lugar antes de la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2015, para posteriormente analizar la Resolución de la DGRN. En este sentido, se debe aclarar que parte de los argumentos señalados en dicha Resolución, son utilizados en la sentencia de la Audiencia Nacional, que será objeto de análisis a continuación. Por último, en las conclusiones, se aborda el fallo de la sentencia que, aunque puede ser objeto de crítica, viene a coincidir con otras sentencias anteriores y posteriores dictadas por el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional, en relación con la concesión de la nacionalidad española por residencia para sujetos que son polígamos.

Se procede pues a explicar los hechos que han derivado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017.

2. El promotor de la solicitud, nacional de la República de Guinea, solicitó autorización de residencia en España, el 3 de abril de 2000. Posteriormente, tras cumplir con el requisito señalado de estar viviendo diez años en España, solicitó la nacionalidad española en el Registro Civil de Sabadell. Del expediente abierto en relación con dicha solicitud, se podía concluir que el promotor del mismo había tenido dos hijos en su país de origen con D^a. Inés, y posteriormente ya durante su residencia en España habían nacido otros dos hijos fruto de su relación con D^a. Palmira².

3. Así pues, en el auto de 18 de abril de 2013, la Encargada del Registro Civil de Sabadell realizó una propuesta favorable para la concesión de la nacionalidad española a favor del promotor de la

¹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

² Según se deduce del apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia estudiada, en el que se aborda el tema del expediente de solicitud de la nacionalidad española por parte del promotor de la misma (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528)).

solicitud. Sin embargo, la DGRN con fecha de 7 de octubre de 2014, decidió recabar: “*Certificaciones literales de matrimonio, debidamente traducidas y apostilladas o legalizadas, del promotor del expediente con Palmira (madre de dos de sus hijos) y, en su caso, con Inés (madre de sus dos otros hijos), así como acreditación fehaciente de la disolución o nulidad del primer matrimonio, en su caso. Así como cualquier otra documentación acreditativa de los hechos anteriores*”³.

Aunque se le notificó el requerimiento al solicitante con fecha de 22 de octubre de 2014, sin embargo, el ciudadano nacional de la República de Guinea no aportó, dentro del plazo establecido, la documentación completa que se había solicitado. Así que la Secretaría Judicial del Registro Civil de Sabadell hizo constar estos hechos a través de diligencia de 21 de enero de 2015, para después remitirlos a la DGRN, que tuvo constancia de los mismos el 31 de marzo de 2015.

No obstante, el promotor del expediente aportó la certificación de nacimiento del propio solicitante y las correspondientes al nacimiento de los dos hijos que tuvo en su país de origen con D^a. Inés, más las relativas a los dos hijos nacidos ya durante su residencia en España con D^a. Palmira. Además, el solicitante únicamente adjuntó el certificado literal de su matrimonio con su última esposa, celebrado el 20 de julio de 2014, sin aportar toda la información solicitada en el requerimiento de 22 de octubre de 2014. Sin embargo, uno de los hechos que se señalan en la sentencia estudiada y que debe ser resaltado es que el segundo matrimonio se celebró después de que el promotor del expediente hubiera solicitado autorización de residencia en España, es decir, el 3 de abril de 2000⁴.

Detallados todos los hechos, se va a proceder al análisis de la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2015.

II. Análisis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 noviembre de 2015, resolviendo la solicitud de nacionalidad española por residencia de un ciudadano polígamo nacional de la República de Guinea

4. El solicitante de la nacionalidad española debe demostrar haber cumplido con los siguientes requisitos, tal y como señala el art. 22 C del Código Civil: 1º) Residencia en España durante al menos diez años; 2º) Residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición; 3º) Buena conducta cívica; 4º) Suficiente grado de integración en la sociedad española. La DGRN consideró que el promotor de la solicitud cumplía con los tres primeros requisitos, pero no con el último pues de los hechos se deducía que estaba casado con dos mujeres.

Efectivamente, el art. 22.4 del Código Civil dispone que: “*El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española*”. Por lo que la DGRN estimó que el interesado no había justificado “*suficiente grado de integración en la sociedad española*”, pues de los datos del expediente puede deducirse que el interesado “*pudo haber ejercido u optado por la poligamia*”⁵.

5. Así pues, la DGRN procedió a denegar la nacionalidad española al solicitante de la nacionalidad española, por no haber aportado la documentación requerida, y ser considerada esencial para determinar si éste se encuentra acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares, ni haber efectuado alegaciones aclaratorias al respecto. De manera que para la resolución del expediente se señala que “*...no puede llegarse a la conclusión de que el promotor acepta de manera clara e indiscutible la monogamia como régimen matrimonial*”⁶.

³ Vid. Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia objeto de análisis (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528)).

⁴ Vid. Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia estudiada (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528)).

⁵ Resolución DGRN de 10 de noviembre de 2015 (pendiente de su publicación oficial).

⁶ Los tribunales españoles siguen esta misma línea interpretativa a este respecto, tal y como se señala en la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2015: “*Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo exigen una palmaria claridad respecto a los vínculos matrimoniales que lleve a entender que el solicitante se encuentra acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares. La integración en cualquier sociedad exige la aceptación y seguimiento*”.

A continuación, se analizan los efectos en España de los matrimonios polígámicos, para entender mejor el motivo de denegación de la nacionalidad española a un sujeto por ser polígamo.

1. Efectos en España de los matrimonios polígámicos

6. Para determinar los efectos de los matrimonios polígámicos en España, debemos distinguir dos supuestos: si el matrimonio polígámico pretende celebrarse en España o si el matrimonio polígámico ya se ha celebrado en el extranjero.

7. Con respecto al primero de los supuestos, si el matrimonio polígámico se pretende celebrar en España, se debe señalar que en Derecho Internacional Privado español la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley nacional de cada uno de los contrayentes, en virtud del 9.1 CC⁷. Así si dos ciudadanos de la República de Guinea desean casarse, la ley nacional de la República de Guinea será la que regule su capacidad matrimonial.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, si el ciudadano de la República de Guinea está casado en su país con D^a. Inés, aunque su ley nacional le permita contraer matrimonio en España con D^a. Palmira, el sujeto estaría afectado por el impedimento unilateral de ligamen, según el art. 46.2º CC⁸. En cuyo caso, se activaría la cláusula de orden público internacional español (art. 12.3 CC), impidiendo la aplicación de la Ley de la República de Guinea y el matrimonio no podría celebrarse en España, pues la capacidad matrimonial del sujeto pasa a estar regulada por la Ley española (*Lex Fori*)⁹.

En consecuencia, si como se deduce de los hechos, el sujeto se ha casado con D^a. Palmira al aportar certificado de matrimonio donde consta como fecha de celebración el 20 de julio del 2014, debe entenderse que este matrimonio ha tenido lugar en el extranjero, en un país donde se permitan este tipo de matrimonios. Y si se ha celebrado en España ese segundo matrimonio porque ha ocultado su primer matrimonio, este matrimonio será considerado nulo, puesto que el ciudadano de República de Guinea no tenía capacidad nupcial¹⁰.

8. Sin embargo, si el matrimonio polígámico ya se ha celebrado en el extranjero, el tratamiento jurídico en España de este segundo, tercer o cuarto matrimonio es diferente¹¹. En este caso, dicho matrimonio plantea un problema de reconocimiento de decisiones y no de determinación de la ley aplicable¹².

de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos".

⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 137.

⁸ Los arts. 46-48 CC regulan los impedimentos para contraer matrimonio. Aunque algunos de ellos pueden ser objeto de dispensa, no es el caso del impedimento de ligamen.

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 150.

¹⁰ El art. 107.1 CC regula la nulidad matrimonial y señala que la Ley aplicable a la nulidad y sus efectos se determinará con arreglo a la Ley aplicable a su celebración. En definitiva, la ley nacional de cada contrayente regularía la capacidad y el consentimiento de los contrayentes (art. 9.1 CC); mientras que las leyes que harían válido al matrimonio en cuanto a forma serían o bien, la ley nacional de los contrayentes o la ley del lugar de celebración, en función de la nacionalidad de los contrayentes y de donde pretenda celebrarse el matrimonio (arts. 49 y 50 CC) (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 136-137). En este sentido, es decir declarándolo nulo, se pronunció la DGRN, respecto de un matrimonio celebrado en el Centro Islámico de Barcelona, el 20 de enero de 2014, entre una ciudadana española y un ciudadano argelino, porque en este caso la mujer estaba casada con otro hombre y en la fecha de celebración del segundo matrimonio, la mujer no había disuelto el vínculo conyugal con su primer marido (Resolución DGRN de 11 de diciembre de 2015).

¹¹ Pues en el Corán, el Sura 4 señala que el número máximo de mujeres con las que el hombre puede contraer matrimonio es de cuatro: "(...) *El motivo Para la Poligamia* [4:3] Si usted lo cree mejor para los huérfanos, usted puede casarse a sus madres - usted puede casarse dos, tres, o cuatro. Si usted teme por temor a que usted llegue a ser injusto, entonces usted será contento con sólo uno, o con lo que usted ya tiene. Adicionalmente, usted es así más probable de evitar la dificultad financiera. (...)*".

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 151.

El matrimonio poligámico celebrado en el extranjero es perfectamente legal en dicho país. Ahora bien, cuando dicho matrimonio pretende reconocerse en España, los arts. 65 CC y 256 RRC (Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958) obligan a realizar un control de la ley aplicable a la capacidad de cada contrayente¹³. Así que, de nuevo, como la capacidad de cada contrayente se rige por su ley nacional (art. 9.1 CC), en el caso que nos ocupa la Ley de la República de Guinea, ésta permite el matrimonio poligámico. En consecuencia, el orden público internacional español interviene contra el reconocimiento en España del acta registral extranjera en la que conste la celebración de un matrimonio poligámico¹⁴. Tal y como señala el Tribunal Supremo la poligamia no es simplemente “*algo contrario a la legislación española*”, sino que “*la poligamia supone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquéllas a éstos*”¹⁵. La denegación de inscripción en el Registro Civil español se produce tanto si el matrimonio que se celebró en el extranjero es un segundo o posterior matrimonio de un contrayente y se pretende inscribir en España, como si el matrimonio es el primero pero el contrayente opta por la poligamia en la certificación extranjera de matrimonio¹⁶.

Ahora bien, aunque a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero no se les permiten determinados efectos jurídicos en España tales como la inscripción en el Registro Civil de los mismos, sí que se les permiten ciertos efectos legales en España. En este sentido sería injusto, sobre todo, para el resto de esposas que no son la primera, que el segundo o ulteriores matrimonios fuesen considerados como totalmente inexistentes por el mero hecho de cruzar la frontera, especialmente cuando los contrayentes residen en Estados que admiten la poligamia o cuando la primera esposa es nacional de un Estado que admite la poligamia¹⁷. En definitiva, se trata de activar un orden público internacional español atenuado en relación con dichos matrimonios poligámicos. De manera que el orden público internacional impedirá ciertos efectos jurídicos del matrimonio poligámico, es decir los efectos “nucleares”, porque si fuesen admitidos en España dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Pero el orden público atenuado permitirá otros efectos jurídicos “periféricos” derivados de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir incidentalmente estos efectos jurídicos “periféricos” no dañan la cohesión de la sociedad española¹⁸. Este orden público internacional atenuado frente a los matrimonios poligámicos es el que se ha mantenido en otros países europeos como Francia, no sólo en España, como se verá al abordar el tema del orden público internacional¹⁹.

¹³ Es un control *a posteriori* cuando la certificación de matrimonio se pretende inscribir en el Registro Civil, pues el matrimonio ya se ha celebrado en el extranjero. Mientras que cuando el matrimonio se pretende celebrar en España, el control se efectúa al realizar el correspondiente expediente matrimonial previo a la celebración del matrimonio, en el que se analiza la capacidad y el consentimiento de los contrayentes. Sobre el expediente matrimonial, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 131-133.

¹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 151.

¹⁵ STS de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); STS de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068); STS de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571); STS de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876); STS núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539). *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 151.

¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 151.

¹⁷ Esto por dos razones: porque dañaría la “estabilidad legal” de los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero y la seguridad jurídica; porque el peligro para la organización moral y económica de la sociedad española es mucho menor si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero que si el matrimonio se pretende celebrar en España (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 151-152).

¹⁸ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-285; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 151-152.

¹⁹ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-227; J. CARRASCOSA

9. Ahora bien, en relación con la sentencia objeto de estudio, se deben indicar los efectos no admisibles en España, es decir, los efectos jurídicos “nucleares” y que son los que se relacionan a continuación.

En primer lugar, como ya se ha mencionado antes, el matrimonio poligámico, sea el segundo, el tercero o el cuarto, jamás podrá ser inscrito en el Registro Civil.

En segundo lugar, como el vínculo matrimonial no existe como tal para el Derecho Internacional Privado español, los sujetos unidos por el segundo o ulteriores matrimonios no podrán divorciarse ni separarse en España.

En tercer lugar, si el varón polígamo obtiene la nacionalidad española, sólo la primera esposa podrá adquirir la nacionalidad española por residencia de un año (art. 22.2 CC), porque es la única que consta en el Registro Civil español como esposa del varón polígamo.

Por último, y como señaló la DGRN la Resolución de 10 de noviembre de 2015, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española por un sujeto extranjero que se encuentra en situación de lo que podría denominarse “poligamia efectiva”, se considera que dicho sujeto no muestra un “*suficiente grado de integración en la sociedad española*” (art. 22.4 CC). Y esto es así porque la poligamia, aunque resulte acorde con la ley nacional del ciudadano que solicita la nacionalidad española, supone una realidad contraria a los principios fundamentales del Derecho matrimonial español, en definitiva al orden público internacional español²⁰. Estos motivos de denegación de la nacionalidad española serán estudiados más adelante, pues se trata de los fundamentos del fallo de la sentencia objeto de análisis.

10. Sin embargo, se debe destacar que existe una contradicción más que evidente entre el último efecto jurídico “nuclear” y los tres primeros. Si un sujeto practica la poligamia efectiva, es decir tiene dos o más mujeres, en teoría no debería obtener nunca la nacionalidad española (art. 22.4 CC). En consecuencia, si el sujeto polígamo no hubiera conseguido la nacionalidad española, no se plantearía ningún problema en relación a cuál de las esposas accede al Registro Civil, ni de quién de ellas podrá divorciarse, ni cuál de las mujeres tendrá oportunidad de obtener la nacionalidad española por residencia de un año (art. 22.2 CC). En definitiva, ningún sujeto que hubiese optado por la poligamia podría obtener la nacionalidad española, puesto que no ha demostrado “*suficiente grado de integración en la sociedad española*” (art. 22.4 CC). Y tampoco sería necesario permitir ninguno de los efectos “periféricos” para los matrimonios poligámicos.

Pero como se verá en el siguiente apartado, la realidad es que en determinados casos la DGRN ha concedido la nacionalidad española a sujetos cuya ley nacional admitía la poligamia, y que en el momento de adquirir la nacionalidad, o estaban casados con dos mujeres y vivían con ellas de forma simultánea, o habían vuelto a contraer matrimonio sin la disolución previa del vínculo matrimonial anterior, es decir que ejercían la poligamia de forma efectiva²¹. Y por esta razón, aunque no se permiten los efectos jurídicos “nucleares” mencionados, ciertos efectos jurídicos “periféricos” de los matrimonios poligámicos son admisibles en España una vez que el ciudadano polígamo ha adquirido la nacionalidad española, entre los que se encuentran: la reagrupación familiar del cónyuge elegido por el ciudadano polígamo y de todos sus hijos; o el derecho a la pensión de viudedad por parte de las distintas esposas²².

GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de Familia Internacional*, Volumen II, Comares, Granada, 2005, pp. 53-55; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-288; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 151-158.

²⁰ M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-283; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 155.

²¹ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, p. 278.

²² Para ver otros de los efectos periféricos de los matrimonios poligámicos admisibles en España, así como un mayor desarrollo de los mismos, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 155-158. Sobre la reagrupación familiar,

2. Criterio seguido por la DGRN en relación con dichos matrimonios poligámicos

11. En cuanto al análisis a la posición de la DGRN respecto de los matrimonios poligámicos, se procede a distinguir entre: la solicitud de inscripción del matrimonio poligámico en el Registro Civil porque el sujeto ha adquirido la nacionalidad española por residencia; y la solicitud de la nacionalidad española de los sujetos que ejercen la poligamia efectiva. En este sentido, se debe señalar que si la DGRN no hubiera otorgado la nacionalidad española a sujetos polígamos, no se plantearía el problema de la inscripción en el Registro Civil de dichos matrimonios poligámicos, si bien es cierto que en ocasiones el varón que en principio es polígamo solicita la inscripción cuando la primera mujer fallece, de forma que sólo conserva vínculos matrimoniales con una esposa, la que era su segunda esposa antes del fallecimiento de la primera, es decir que deja de ejercer la poligamia de forma efectiva.

12. La solicitud de inscripción del matrimonio poligámico en el Registro Civil, pues el sujeto ha adquirido la nacionalidad española²³. En este sentido, la DGRN se ha manifestado en múltiples ocasiones en contra de la inscripción en el Registro Civil español, de matrimonios poligámicos celebrados en otros países por extranjeros que posteriormente han adquirido la nacionalidad española.

En este caso la DGRN ha considerado que tal inscripción vulneraría frontalmente el orden público internacional español. Es más, la DGRN ha manifestado que: “*es claro que en este punto la ley extranjera ha de quedar excluida (...) por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12-3 CC) que impide la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro Civil español, lo que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer*” y que el matrimonio poligámico es “*contrario a la concepción española de la institución matrimonial*”²⁴.

En consecuencia, el matrimonio poligámico celebrado en el extranjero es nulo, así que no surte efectos constitutivos en España, por lo que no puede inscribirse en el Registro Civil español aunque sea válido en el país donde se celebró²⁵.

13. Pero no sólo es que por parte de la DGRN no se permita que los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero no accedan al Registro Civil, sino que que tampoco son inscribibles los ma-

vid. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La reagrupación familiar: especial referencia a la inmigración magrebi”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 95-134; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, *Revista Portularia*, n° 3, 2003, pp. 263-283. Sobre el derecho a la pensión de viudedad de las esposas del varón polígamo, vid. M. SOTO MOYA, “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr*, n° 3, 2016, pp. 1-14.

²³ Tal y como se desprende del art. 15 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (BOE núm. 151, 10 junio 1957), deben inscribirse en el Registro Civil los siguientes matrimonios: a) los matrimonios celebrados en territorio español, sean cuales fueren los contrayentes, españoles o extranjeros; b) los matrimonios celebrados en el extranjero siempre que uno de los contrayentes sea nacional español; c) los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros cuando uno de los sujetos adquiere la nacionalidad española, pues se trata de un acto que afecta al estado civil del “nuevo español” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 192).

²⁴ Resolución de la DGRN de 15 de enero de 2016 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)* 7 septiembre 2016) en el que la DGRN denegaba la inscripción del matrimonio poligámico celebrado en Marruecos, por un ciudadano marroquí que había obtenido la nacionalidad española; Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2016 (*BIMJ* 7 septiembre 2016) en el que la DGRN denegaba la inscripción del matrimonio poligámico celebrado en Gambia, por un ciudadano gambiano que había obtenido la nacionalidad española; Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2016 (*BIMJ* 7 septiembre 2016) en el que la DGRN denegaba la inscripción del matrimonio poligámico celebrado en Argelia por un ciudadano argelino que luego adquirió la nacionalidad española; Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 2016 (*BIMJ* 25 abril 2017) en el que la DGRN denegaba la inscripción del matrimonio poligámico celebrado en Bangladesh por un ciudadano bangladés que había adquirido la nacionalidad española; Resolución de la DGRN de 29 de agosto de 2016 (*BIMJ* 5 septiembre 2017) en el que la DGRN denegaba la inscripción del matrimonio poligámico celebrado en Senegal por un ciudadano senegalés que había adquirido la nacionalidad española. Para un listado de las numerosas resoluciones de la DGRN en las que se deniega la inscripción de los matrimonios poligámicos de sujetos extranjeros que han obtenido la nacionalidad española vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 152-153.

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 151.

trimonios celebrados en otro país, en relación con el cual el sujeto, pudiendo haber elegido entre contraer matrimonio monogámico o uno poligámico, ha optado por este último y así consta en el acta de matrimonio²⁶. En consecuencia, aunque se trata del primer matrimonio del sujeto, dado que es un matrimonio potencialmente poligámico, la DGRN deniega su inscripción en España. Dicho centro directivo considera que a pesar de que el matrimonio es válido con arreglo a la Ley personal de los contrayentes (art. 9.1 CC), la aplicación de dicha Ley a la capacidad matrimonial vulnera el orden público internacional español. Así pues, estos matrimonios son nulos y no pueden inscribirse en el Registro Civil español²⁷.

Si bien, en ocasiones el hecho de que un sujeto casado en primeras nupcias señale en el acta de dicho matrimonio que opta por la poligamia, no significa que efectivamente vaya a contraer un segundo matrimonio con otra mujer. Por lo que no se puede generalizar, como ha venido haciendo la DGRN, sino que se deben analizar los datos del supuesto concreto para poder decidir si un sujeto que opta por la poligamia en el acta registral de su primer matrimonio efectivamente se ha casado más veces o existen hechos que nos permiten corroborar esta hipótesis. En este sentido, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava del año 2016 falló en contra de la Resolución de la DGRN en la que se le denegaba a un sujeto de Gambia que había obtenido la nacionalidad española, la inscripción de su único matrimonio celebrado en Gambia porque se consideró que la certificación matrimonial de Gambia era contraria al orden público al no manifestar en la misma el estado previo al acto del varón y admitir la poligamia la ley del Estado que lo regula. Sin embargo, no existía ningún dato que indicara que se hubiera casado más veces, así que la Audiencia Provincial le dio la razón al promotor de la inscripción señalando que: “Con la prueba documental que obra en el expediente administrativo de inscripción del matrimonio se puede constatar que el Sr. Carlos Daniel manifestó ante el encargado del Registro Civil que cuando contrajo matrimonio con D^a Celestina era soltero. Que la poligamia es una opción que él no ha ejercido. Y esta misma declaración la realiza cuando procedió a instar la reagrupación familiar de su cónyuge e hijos que le fue concedida por el Estado, la documental anexa al procedimiento es suficiente para acreditar este hecho”²⁸. En este sentido, dicha sentencia señala que la “cláusula del orden público debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales, adoptando fórmulas que adapten el modelo familiar de otras culturas siempre y cuando no se produzcan graves quebrantos constitucionales”²⁹. De manera que, desde el punto de vista del tribunal, el orden público constitucional no queda vulnerado por la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil.

Esta sentencia indica un cambio de tendencia en estos supuestos concretos, hacia una interpretación restrictiva del orden público español en la medida que se permite la atenuación del orden público en pro de la búsqueda de una protección especial hacia los sujetos³⁰.

14. La solicitud de la nacionalidad española de los sujetos que ejercen la poligamia efectiva.

15. Como se ha constatado, existen muchos ejemplos sobre intentos de inscripción de matrimonios poligámicos en el Registro Civil español por parte de extranjeros que son españoles por la vía de la residencia continuada, ya que pretenden inscribir a la segunda, tercera o cuarta esposa que es con la que

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 154.

²⁷ Resolución de la DGRN de 30 de octubre de 2015 (*BIMJ* 2 marzo 2016) en el que la DGRN denegaba la inscripción de un matrimonio celebrado en Mali por un ciudadano de dicho país que posteriormente había adquirido la nacionalidad española: “porque en el acta de matrimonio cuya transcripción se pretende el interesado opta por la poligamia”; Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2016 (*BIMJ* 5 octubre 2017) en el que la DGRN denegaba la inscripción del matrimonio celebrado en Gambia, por una ciudadana gambiana que había obtenido la nacionalidad española, porque en el acta de matrimonio constaba que uno de los contrayentes optaba por la poligamia. Para un listado de las numerosas resoluciones de la DGRN en las que se deniega la inscripción de los matrimonios de sujetos extranjeros que han conseguido la nacionalidad española, porque en el acta de matrimonio han optado por la poligamia *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 154

²⁸ SAP Álava núm. 339/2016, de 26 octubre (AC\2016\1842).

²⁹ SAP Álava núm. 339/2016, de 26 octubre (AC\2016\1842).

³⁰ Siguiendo esta misma línea doctrinal *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 154.

normalmente conviven en España³¹. Esto quiere decir que accedieron a la nacionalidad española siendo polígamos, a pesar de que no presentaban un suficiente grado de integración en la sociedad española, y esto sólo lo pudieron hacer mediante fraude, engaño u ocultación de la poligamia³².

Si bien, otra de las razones que justifican que la DGRN atribuyera la nacionalidad española cuando el sujeto extranjero era polígamo, era por la falta de control por parte de las autoridades españolas a la hora de tramitar la solicitud de la nacionalidad, es decir, ¿por qué no se contrastaban y solicitaban los datos al promotor y se aseguraban así de la veracidad de los mismo?³³ Esta falta de diligencia de las autoridades administrativas, se debió a que las familias comenzaron a internacionalizarse. La libre circulación de personas en la Unión Europea y el acelerado proceso de la globalización, hizo que las familias se trasladaran de un país a otro, produciéndose un choque de culturas entre el país de acogida y el país de origen de dichas familias³⁴. Con lo cual, efectivamente, las autoridades administrativas no estaban preparadas para detectar si un sujeto que solicitaba la nacionalidad española era polígamo o no lo era.

Aunque, en la actualidad, lo que viene sucediendo en la solicitud de nacionalidad española es la tramitación dolosa del demandante que, en ocasiones asesorado por su abogado pero otras veces no, va a hacer todo lo posible por justificar y cumplir todos los requisitos legales establecidos para conseguir la nacionalidad española³⁵. Tal y como se detalla en los antecedentes de la sentencia objeto de análisis, así como en la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2015, la DGRN solicitó al ciudadano de la República de Guinea el certificado de matrimonio de D^a. Inés y D^a. Palmira, las supuestas primera y segunda esposa respectivamente, así como acreditación de la disolución o nulidad del matrimonio con D^a. Inés y cualquier otra documentación acreditativa de los hechos anteriores. Sin embargo sólo aportó la certificación registral de su segundo matrimonio con D^a. Palmira, ya celebrado en el 2014³⁶. Así como tampoco realizó ninguna declaración al respecto, por lo que dado que tuvo dos hijos con ambas mujeres, se puede suponer que pudo haberse casado con la primera de ellas y seguir estándolo, porque no ha aportado ninguna documentación de su relación con D^a. Inés. Por lo tanto, de acuerdo con Resolución de la DGRN, se puede confirmar que el solicitante pretende obtener la nacionalidad española a través de la omisión de datos que puedan determinar que es polígamo.

Esta tendencia del promotor de la solicitud de la nacionalidad española hacia el fraude, la ocultación o el engaño también puede verificarse en otras sentencias anteriores y posteriores, tanto de la Audiencia Nacional, como del Tribunal Supremo, en respuesta al recurso planteado por la vía de lo contencioso-administrativo contra la Resolución de la DGRN de denegación de la nacionalidad española por poligamia³⁷. Este es el caso de la STS de 19 de junio de 2008, cuyos argumentos se tienen en

³¹ En estos casos, en los que existiendo situación de poligamia del nuevo español, pues se trata de inscribir el segundo matrimonio mientras es vigente y válido el anterior, el Juez encargado del Registro Civil debería poner estos hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. En consecuencia, la nacionalidad española adquirida por el polígamo debería ser anulada, tal y como señala el art. 25.2 CC. Sin embargo, la realidad es que no se denuncian estos hechos ante el Ministerio Fiscal, con lo cual no puede actuar sobre estos supuestos (N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 279).

³² Nota a pie 32 M. SOTO MOYA, “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 3, 2016, p. 12.

³³ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 278-279.

³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 125.

³⁵ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 279.

³⁶ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

³⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004 (RJ\2004\5546); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012

cuenta para fundamentar la denegación de nacionalidad, de todas las sentencias posteriores, inclusive la que es objeto de análisis en el presente trabajo³⁸. En dicha sentencia el Tribunal Supremo señala que el solicitante en ningún momento cuando se inició el expediente manifestó tener dos esposas y que sólo en el traslado del Informe policial hizo alegaciones al respecto³⁹. Por lo tanto, de nuevo se pone de manifiesto la voluntad de ocultación de su verdadera situación matrimonial del promotor de la solicitud de nacionalidad española. Existen autores que en relación con dicha sentencia se plantean la cuestión de si el sujeto extranjero solicitante de la nacionalidad hubiera mantenido silencio respecto a su condición matrimonial, entonces quizás el resultado hubiera sido distinto⁴⁰. En ese momento, la pregunta tenía sentido, pues hasta el fallo de esta sentencia, la realidad era que lo habitual era conceder la nacionalidad a sujetos que eran polígamos⁴¹. Sin embargo, a raíz de dicha Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2008, las posteriores sentencias denegaron la nacionalidad utilizando los argumentos de esta sentencia, que luego serán estudiados, pero en cualquier caso el hecho de que el sujeto no se manifestase de forma clara sobre sus relaciones conyugales, cuando hay indicios evidentes de poligamia, como son los hijos de varias mujeres, llevaban al Tribunal a la conclusión de que no se había integrado suficientemente en la sociedad española⁴².

16. Si bien existen otros casos, quizás los menos, en los que la DGRN se equivoca al denegar la nacionalidad a un sujeto que en principio parece que ejerce la poligamia, pero que posteriormente, al presentar el solicitante un recurso contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional le concede la nacionalidad española. Por abordar dos situaciones diferentes en relación con este aspecto, se van a mencionar dos sentencias⁴³.

En la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2008 se señala que la DGRN le denegó la nacionalidad a un sujeto de Senegal porque existía un certificado de matrimonio con su única esposa del 23 de abril del 2002, en el que “*el esposo declara optar por la poligamia con dote de dieciocho mil francos*”⁴⁴. Sin embargo, en la demanda posterior, el recurrente aportó un nuevo certificado del 16 de

(JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

³⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

³⁹ Apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

⁴⁰ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, p. 279.

⁴¹ Se debe puntualizar que existe una Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2004, en la que se deniega la nacionalidad española a un ciudadano marroquí, en la que uno de los motivos de impugnación del demandante es la discriminación, si bien en el apartado cuarto de los fundamentos, el Tribunal Supremo contesta a esta cuestión de la siguiente forma: “(...) *No se trata de discriminación por razón de religión (...) Lo que ocurre es que una cosa es obtener el derecho a la residencia, y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere (...)*”. Dicha sentencia y ese argumento forman parte de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, y ambas sentencias, la del 2004 y la del 2008, son citadas en las posteriores sentencias sobre denegación de nacionalidad española recogidas en la cita número 36 del presente trabajo, si bien hay un error en estas sentencias, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2004, es citada como STS de 14 de julio de 2004.

⁴² Por lo tanto, la jurisprudencia ha dado respuesta a la cuestión planteada sobre si la omisión de datos del solicitante del nacionalidad española sobre su vida conyugal le beneficia para la obtención de la misma, es decir, dicha ocultación le perjudica (N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, p. 279). Aunque efectivamente la ocultación de la poligamia por parte de los solicitantes de nacionalidad española, llevó en su momento a que se les concediera la nacionalidad española siendo sujetos polígamos, tal y como se puede verificar por las posteriores solicitudes de inscripción de los matrimonios poligámicos cuando ya los sujetos son nacionales españoles (N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, p. 281).

⁴³ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127).

⁴⁴ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675).

mayo de 2006 que contradice el anterior, en el que se afirma que el citado matrimonio fue contraído “según la costumbre ouoloff isalmizado y optan por el régimen de monogamia con separación de bienes y una dote de 18.000 francos”⁴⁵. Pues bien, en opinión de la Sala aunque existe una contradicción entre los dos certificados que no ha sido suficientemente aclarada, el segundo certificado al ser de fecha posterior viene a desvirtuar el anterior o es una retractación de la opción hecha en el momento de contrer matrimonio. Así que el recurso es estimado, pues se trata de valorar el requisito de integración en la sociedad y que tanto el Ministerio Fiscal como el Juez-Encargado han mostrado su parecer favorable a la concesión de la nacionalidad española. Pero además, la Sala no comparte la tesis de la DGRN, porque aunque estuviese acreditada la opción por la poligamia al contraer matrimonio el recurrente –que no ha quedado acreditado–, la integración del demandante en la sociedad española implicaba, dados sus orígenes, un proceso de adaptación a una nueva cultura y entorno, adaptación que suponía necesariamente también un proceso de evolución para ajustarse a su nuevo medio, y el demandante ha logrado su adaptación a la sociedad en la que se ha insertado⁴⁶. En consecuencia, se declara el derecho del sujeto senegalés de obtener la nacionalidad española, porque “(...) el recurrente se ha adaptado a su nueva sociedad y su comportamiento no es contrario al orden público protegido por la ley, garantizando el Derecho español el respeto a sus creencias (...)”⁴⁷.

Esta sentencia es de las pocas que viene a contradecir lo señalado por la DGRN y en el que no se hace prevalecer sobre todo lo demás el argumento de la DGRN de que el demandante “pudo haber ejercido u optado por la poligamia” al no conseguir demostrarse que el promotor acepta de manera clara e indiscutible la monogamia⁴⁸. Esto se debe a que el supuesto en sí mismo, es de los que plantea mayores dudas sobre la poligamia del solicitante de nacionalidad española.

En otra Sentencia de 16 de diciembre de 2014, la Audiencia Nacional tampoco dio la razón a la DGRN que le denegó la nacionalidad a un sujeto por no haber acreditado de nuevo su renuncia a la opción de poligamia⁴⁹. Se trataba de un ciudadano de Gambia que efectivamente había estado casado en dos ocasiones, sin embargo en el momento de la solicitud de nacionalidad española se había divorciado de una de ellas, de modo que desde el 12 de diciembre de 2009 el sujeto era monógamo, tal y como éste acreditó en el recurso⁵⁰. Por esta razón, la Sala estimó al igual que en la sentencia anterior, que se debe tener en cuenta que el proceso de integración de los extranjeros en el país del que pretender ser nacionales, debe ser paulatina. En este sentido, se señala que: “(...) Los usos de la sociedad en que pretenden integrarse deben asumirse, pero no puede exigirse a quien procede de un país, Gambia, donde la polígama es legal y es socialmente aceptada, que deba no haber incurrido en tal costumbre. Lo cierto y averiguado es que el demandante solicitó la nacionalidad española el 19 de noviembre de 2010 y que en esa fecha era monógamo (...)”⁵¹. Así pues, por estar perfectamente integrado en la sociedad española, según se desprende de los datos sobre su vida que constan en el expediente Administrativo, la Sala estima el recurso y se le concede la nacionalidad española.

En este caso, y en contra de la opinión de la DGRN, el tribunal estima que tras el análisis de los datos existentes, el ciudadano de Gambia es monógamo cuando procede a solicitar la nacionalidad española. Tampoco hace prevalecer el tribunal el argumento de la DGRN de que el demandante “pudo haber

⁴⁵ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675).

⁴⁶ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675).

⁴⁷ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675).

⁴⁸ Resolución DGRN de 10 de noviembre de 2015. Con argumentos de este mismo tipo la DGRN deniega la nacionalidad española a ciudadanos polígamos (Resolución DGRN de 10 de septiembre de 1998; Resolución DGRN de 27 de noviembre de 2000; Resolución DGRN de 4 de marzo de 2003; Resolución de la DGRN de 25 de noviembre de 2003; Resolución DGRN de 26 de noviembre de 2007; Resolución DGRN de 2 de septiembre de 2008; Resolución DGRN de 21 de mayo de 2010; Resolución DGRN de 19 de junio de 2013).

⁴⁹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127).

⁵⁰ Apartados primero y segundo de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127).

⁵¹ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127).

*ejercido u optado por la poligamia*⁵². El tribunal considera que aunque la haya ejercido la poligamia, la ha dejado de ejercer, quedando probado de forma clara que cuando instó la solicitud de la nacionalidad era monógamo.

17. Por último, la declaración de renuncia a la poligamia en el expediente de adquisición de la nacionalidad española resulta extemporánea, pues el matrimonio ya se ha celebrado y el sujeto ya declaró lo procedente en ese momento⁵³.

La única posibilidad que tiene un sujeto que ya no ejerce la poligamia que pretende adquirir la nacionalidad española y poder inscribir en el Registro Civil español a su segunda, tercera o cuarta esposa, que es con la que convive o a la que en su caso querrá reagrupar, consistiría en divorciarse legalmente en su país de origen, o instar la nulidad de los matrimonios que no son válidos en España por impedimento de ligamen, de manera que sólo mantenga vínculos conyugales con una esposa⁵⁴. Por ejemplo, si en su país de origen está casado con cuatro mujeres, pero convive únicamente con la tercera, para que el sujeto se haya integrado suficientemente en la sociedad española, tiene dos opciones: deberá divorciarse del resto de las esposas en su país de origen y estar legalmente casado con la tercera; o bien, podría instar la nulidad en España de los matrimonios que no son válidos bajo el Derecho español, porque no tenía capacidad nupcial, es decir el segundo matrimonio y el cuarto, e incluso del primero, ya que tampoco sería válido al optar en la certificación extranjera de matrimonio por la poligamia⁵⁵.

Volviendo al supuesto objeto de estudio y una vez analizada la postura de la DGRN respecto a la solicitud de la nacionalidad española de los sujetos que ejercen la poligamia, reflejada en la Resolución de 10 de noviembre de 2015, se van a señalar los motivos de impugnación señalados en el recurso.

III. Motivos de impugnación alegados por el demandante en el recurso contencioso-administrativo presentado contra dicha Resolución de la DGRN

18. En cuanto a los motivos por los que se recurre la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2015 se puede resumir en uno, que no es otro que la disconformidad con que el interesado no ha justificado el suficiente grado de integración en la sociedad española que exige el artículo 22.4 CC.

En el recurso se señala que el promotor de la solicitud de nacionalidad española ha presentado un certificado de matrimonio con la madre de sus dos hijos menores, con D^a. Palmira y que por esta razón, nunca podría haber estado casado con D^a. Inés, madre de sus dos hijos mayores. Pues tal y como se señala en el recurso, según las leyes de su país de origen, la República de Guinea dicho matrimonio no sería válido, pero le dieron validez y se inscribió, lo que demuestra que estaba facultado para celebrar dicho matrimonio, y por lo tanto no pudo haber optado por la poligamia.

Efectivamente, art. 22.4 del Código Civil dispone que: "*El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española*", y es precisamente el no tener un suficiente grado de integración en la sociedad española, el requisito que no cumple el recurrente, aunque cumpla con el resto de condiciones como es el de la residencia continuada en España de diez años. En este sentido, el que se hayan aportado pruebas que intenten demostrar el cumplimiento de la Ley no significa que las mismas sean suficientes y ajustadas a la legislación española⁵⁶.

⁵² Resolución DGRN de 10 de noviembre de 2015.

⁵³ Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 2013 (*BIMJ* 12 marzo 2014), con respecto a un matrimonio celebrado en Senegal. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 154.

⁵⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 140.

⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 151.

⁵⁶ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, "Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n^o 2, Octubre 2009, p. 280.

Es más, las pruebas aportadas, como es el certificado de matrimonio con D^a. Palmira, madre de sus dos hijos menores, no justifica que no se haya casado previamente con D^a. Inés, madre de sus dos hijos menores; sino todo lo contrario, el hecho de tener hijos mayores con D^a. Inés y no haber aportado ningún documento de su relación con ella, puede llevar a pensar que se están ocultando pruebas. Por otro lado, el afirmar que según las Leyes de la República de Guinea, el matrimonio posterior con D^a. Palmira no habría sido admitido como válido y no habría sido inscrito como tal si fuese el segundo matrimonio, no tiene ninguna justificación, pues en dicho país, así como en Senegal, Gambia, etc... el régimen matrimonial existente es la poligamia. Es más, uno de los hechos que se señalan en la sentencia, es que el matrimonio con D^a. Palmira se celebró después de que el promotor del expediente hubiera solicitado autorización de residencia en España, 3 de abril de 2000, es decir después de que se le pidiera aportar los certificados de matrimonio de ambas mujeres y de la disolución o nulidad de la primera de las presuntas esposas, de D^a. Inés.

19. En la mayoría de las sentencias en las que se solicita la nacionalidad española por un extranjero y ésta es rechazada por ser polígamo, el motivo de impugnación a la DGRN –y de denegación posterior por parte del tribunal en la sentencia– se produce porque el sujeto no aclara la relación que mantiene con las supuestas esposas, no aporta certificados ni de matrimonio, ni de divorcio de sus esposas, pero sin embargo, existen hechos o datos que delatan que tuvo relación con ellas, como por ejemplo que consten hijos de dos madres, pero pueden llegar a figurar hijos de hasta tres y cuatro mujeres⁵⁷. Así, por ejemplo, en una Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2012, se le denegaba la nacionalidad a un ciudadano de Gambia, porque aunque había simultaneado tres esposas, todavía subsistían al menos dos de los matrimonios, los cuales podían ser acreditados a través de documentos⁵⁸. En otra Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010, se le denegó la nacionalidad a un ciudadano de Senegal, porque existían contradicciones entre los certificados y los hechos relacionados en el expediente administrativo en el que se explicaba su relación con cuatro mujeres⁵⁹.

⁵⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004 (RJ\2004\5546); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

⁵⁸ En la sentencia, la sala de manera textual señala: “*De hecho, el expediente administrativo del Registro Civil permite concluir que el recurrente, que solicitó la nacionalidad española el 22-11-2007, ha simultaneado tres esposas. Con María Virtudes se casó el 15-5-1984 (folio 24) y es la que identifica como su esposa en 2007 al declarar ante el encargado del Registro Civil (folio 40). Con Filomena se casó el 6-6-1984 (folio 54) y tienen dos hijos en común (MUSA y BUBACARR) nacidos respectivamente en 1993 y 1995 (folios 47 y 48). De esta mujer se divorcia por repudio ("but now I divorce her") el 1-12-1999 (folios 57 y 58). Con Carla se casó el 15-5-1998 (folios 61 y ss), antes de estar divorciado de la que resulta ser su segunda esposa, y con ella tiene tres hijos, MAHMADO, AISSATOU y JANABO, nacidos en 2002, 2006 y 2004 respectivamente (folios 49 y ss). Por tanto, a día de hoy, subsisten al menos dos de los matrimonios acreditados documentalmente y sin olvidar que el solicitante, cuya residencia legal se remonta al 3-5-1995, contrajo un tercer matrimonio en su país, estando previamente casado con dos mujeres, cuando ya llevaba varios años residiendo legalmente en España y por ello conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, y pese a ello optó por la poligamia efectiva. Por tanto han de confirmarse las bases fácticas que sustentan la resolución recurrida y si se afirma que los certificados de las autoridades de Gambia, que él mismo recurrente aportó, son inexactos lo que debe hacerse es acreditarlo*” (Apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921)).

⁵⁹ Según se detalla en la sentencia: “*Pues bien, en este caso, el recurrente ha aportado un certificado de matrimonio senegalés en el que consta que el 15-12-1974 en NGUINDILE contrajo matrimonio con Josefina "siguiendo el régimen de la monogamia con separación de bienes". Cuando solicitó la nacionalidad declaró estar casado con Carla y que el matrimonio se celebró en LOUGA el 4-3-1972 existiendo hijos del referido matrimonio. Nótese que no coincide ni el nombre de la esposa, ni el lugar, ni la fecha. A ello unimos que los informes policiales reflejan que manifestó estar casado con 4 mujeres senegalesas con las que ha tenido 8 hijos que viven en Senegal. Además pese a su amplísima residencia legal en España iniciada el 8-4-1986 no consta que la que dice ser su única, que no primera o principal esposa, haya residido nunca en nuestro país. Por todo ello aunque el recurrente en su escrito de demanda trata de justificar y acreditar que no es cierto que haya tenido varias esposas de modo simultáneo, lo cierto es que no tiene claro ni siquiera quién es la que dice ser su única esposa, cuándo y dónde*”

20. La sentencia objeto de estudio tiene con respecto a otras sentencias, la particularidad de que el sujeto polígamo argumenta como motivo de impugnación de la Resolución de la DGRN que éste ha podido aportar un certificado de matrimonio con D^a. Palmira, porque si la Ley de su país de origen ha permitido dicho matrimonio y lo ha inscrito, es como consecuencia de que el ciudadano de la República de Guinea no es bígamo. En este caso, se está haciendo referencia a que es la ley nacional del promotor de la solicitud la que rige su capacidad para contraer matrimonio, en virtud del 9.1 CC, que es la Ley de la República de Guinea, o incluso a que dicha ley es la que rige el estado civil, regulado también por el 9.1 CC. Sin embargo, no se puede afirmar que dicha Ley no permita el matrimonio poligámico, sino que todo lo contrario, se podría deducir que en dicho Estado rige la poligamia como régimen matrimonial, si se tiene en cuenta que el 85% de la población de la República de Guinea es musulmana.

21. En otra sentencia ya mencionada, la del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, el recurrente señala impugnando el hecho de que no cumplía con el requisito del art. 22.4 CC, que dicho precepto exige acreditar que el grado de integración en la sociedad española es “suficiente”, no necesariamente “total”⁶⁰. Además, añadía como motivo de impugnación de la Resolución de la DGRN, que “*el hecho de estar casado con dos mujeres no implica que sea una situación contraria a la legislación española, puesto que según dispone el artículo 9.2 del Código civil la Ley aplicable a ambos matrimonios es la Ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración, en este supuesto la Ley de Senegal que permite el matrimonio hasta con cuatro mujeres*”⁶¹.

En este motivo de impugnación existe un error porque el artículo que regula el estado civil no es el 9.2 CC, sino el 9.1 CC, pues el 9.2 CC regula los efectos del matrimonio, que no necesariamente nos lleva a la ley nacional de los contrayentes⁶². Aclarado el error, tanto el Tribunal Supremo en la contes-tación como el recurrente están haciendo referencia al 9.1 CC, que efectivamente regula el estado civil. De manera, que el Tribunal Supremo señala que aunque el estado civil de las personas esté regulado por su Ley personal y ésta por su nacionalidad, no implica que sea válido el contenido de las legislaciones sobre el estado civil, y que no se tenga que aplicar el art. 22.4 CC, siempre teniendo en cuenta el orden público español⁶³. Por ello, de manera acertada el Tribunal Supremo concluye que la aplicación de la ley nacional para regular el estado civil, no puede utilizarse para evitar la aplicación del orden público español, que incluye la poligamia⁶⁴.

En cualquier caso, cuando el recurrente se refiere de forma errónea al 9.2 CC, porque determina la ley aplicable a ambos matrimonios, en mi opinión se refiere a la ley aplicable a la validez del matrimonio, que como ya se ha comentado anteriormente, no está regulada por una sólo ley, sino que por un lado, el 9.1 CC regula la capacidad y el consentimiento de los contrayentes y el 49 CC y 50 CC regulan la forma. Y puesto que la poligamia está relacionada con la capacidad de los contrayentes para casarse, porque si un sujeto está casado previamente, es el impedimento de ligamen lo que hace que el nuevo ma-

se casó con ella. Además, pese a que dijo tener hijos, no los ha concretado en su número, identidad y fechas de nacimiento, aportando en su caso los correspondientes certificados de nacimiento de los que resultase la correspondiente filiación materna” (Apartado segundo de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893)).

⁶⁰ Apartado segundo de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

⁶¹ Apartado segundo de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

⁶² Aunque el 9.2 CC regula en la actualidad los efectos del matrimonio, su aplicación va a ser escasa, porque existe nuevos reglamentos sobre la materia que entrarán en vigor próximamente, que son: el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016 (DO núm. L 183, 8 julio 2016), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016 (DO núm. L 183, 8 julio 2016), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁶³ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

⁶⁴ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

rimonio no sea válido, en este caso el recurrente tenía que haber sido más preciso en cuanto al motivo de impugnación. En cualquier caso, la respuesta del Tribunal Supremo hubiera sido similar, pues la ley extranjera que permite que una persona afectada por impedimento de ligamen pueda casarse con otra persona, atenta contra el orden público español.

22. Otro de los motivos de impugnación que se ha alegado en alguna sentencia, aunque no en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017 es que con la denegación de la nacionalidad se está produciendo discriminación por razón de creencias. Concretamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2004, en la que se deniega la nacionalidad española a un ciudadano marroquí⁶⁵. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo⁶⁶, después de manifestar que de los datos del expediente se desprende que aunque haya fallecido la primera esposa, tiene dos esposas, señala respecto de dicho motivo de impugnación de discriminación por razón de creencia: ”(...) *No se trata de discriminar por razón de religión. Lo dice muy claramente la sentencia impugnada. No se trata, tampoco, de que este Tribunal pretenda prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece. (...) Lo que ocurre es que una cosa es obtener el derecho de residencia, y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere. En este sentido, resulta oportuno recordar que la doctrina de esta Sala sobre las diferencias entre las autorizaciones y concesiones administrativas y la llamada “concesión de la nacionalidad española”, aparece recogida en una línea jurisprudencia que puede tenerse por consolidada y de la que es manifestación muy reciente la de 24 de mayo del 2004 (casación 1862/2000) en la que, en lo que interesa aquí y ahora, y reproduciendo lo que dicho tenemos en otra sentencia de 9 de febrero del 2004 (casación 7059/1999 [RJ 2004, 2200]) hacíamos una referencia “a lo que la adquisición de la nacionalidad supone para quien la solicita y que es precisamente lo que normalmente le impele a solicitarla. (...) que es, nada menos que esto: el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”⁶⁶. Dicho argumento viene a poner de relieve la importancia que tiene el convertirse en nacional de un Estado, pues puede participar en la vida pública de ese país, pudiendo llegar a ser un representante político, con lo cual no puede permitirse que alguien que ejerce la poligamia de forma efectiva obtenga la nacionalidad española⁶⁷.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2004 y este argumento forma parte de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, y ambas sentencias, la del 2004 y la del 2008, son citadas en posteriores sentencias sobre denegación de nacionalidad española, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017, que estamos estudiando⁶⁸. Pero hay un error en estas sentencias, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2004, es citada como STS de 14 de julio de 2004.

⁶⁵ También se alega como motivo de impugnación de la resolución de la DGRN de denegación de nacionalidad española, la discriminación por razón de creencia, en el apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 ((RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764)). Se trataba de un nacional de Senegal, que de las alegaciones ante el Encargado del Registro Civil se podía deducir que estaba casado con dos mujeres, razón por la que se le denegó la nacionalidad española.

⁶⁶ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004 (RJ\2004\5546).

⁶⁷ Pero no sólo perjuicio político, sino también económico, porque ello puede llevar entre otras cuestiones a que se le tenga que conceder la nacionalidad a cada cónyuge y a poder reagrupar a todas las mujeres (N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, OCTUBRE 2009, p. 279).

⁶⁸ *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004 (RJ\2004\5546); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

IV. Fundamentos del fallo de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017

23. El fallo de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017 tiene en cuenta la oposición del Ministerio Fiscal al recurso contencioso-administrativo, aunque tal y como se cita en la sentencia, el Encargado del Registro Civil consideraba que el ciudadano de la República de Guinea había demostrado suficiente grado de integración en la sociedad española, y que la Subdirectora General de Nacionalidad y Estado Civil había emitido informes favorables a favor de la concesión de la nacionalidad española⁶⁹.

El Ministerio Fiscal ratifica la resolución de la DGRN, en virtud de la cual del expediente del interesado se desprende que éste pudo haber ejercido u optado por la poligamia. Según el Ministerio Fiscal el ciudadano de Gambia no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que *”la integración exige la aceptación y seguimiento de los principios sociales básicos”*⁷⁰.

En este sentido, se resalta el hecho de que no aportar la documentación requerida que aclarase su opción de matrimonio, es fundamental para justificar su falta de integración. Es más, se le da la facilidad al interesado de que acredite los requisitos señalados en el art. 220 RRC, por cualquier medio de prueba, y se pone énfasis en la importancia de la audiencia ante el Encargado del Registro Civil, en la que el sujeto no ha realizado ninguna alegación aclaratoria de su régimen matrimonial⁷¹.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal concluye que la integración se deduce de si la actitud del interesado ha sido la de formar parte de la sociedad en la que desarrolla su vida, independientemente del tiempo de residencia en España. Lo cual no puede conseguirse si su opción era la poligamia, mostrando así su desinterés por su integración en la sociedad española⁷².

24. Así pues, la Audiencia Nacional ratificó la decisión adoptada por la DGRN de denegación de la nacionalidad española al ciudadano de República de Guinea por no haber conseguido probar que no es polígamo⁷³. Efectivamente, el promotor del expediente aportó su certificación de nacimiento, más las de los dos hijos que tuvo en su país de origen con D^a. Inés, así como las de los dos hijos nacidos ya durante su residencia en España con D^a. Palmira. Además adjuntó el certificado literal de su matrimonio con su supuesta última esposa, D^a. Palmira, pero no aportó certificado de matrimonio de su primera mujer, en teoría, D^a. Inés, ni acreditación de la disolución o nulidad del hipotético matrimonio con dicha mujer⁷⁴.

Por lo tanto, el solicitante de la nacionalidad española no facilitó la completa información recabada en el requerimiento de 22 de octubre de 2014. En este sentido, la Audiencia Nacional destaca que el solicitante únicamente adjuntó el certificado literal de su matrimonio D^a. Palmira, en teoría su segunda esposa, y que precisamente se celebró el 20 de julio de 2014. Pues bien, la fecha de celebración de su hipotético segundo matrimonio es posterior a la fecha en la que el promotor del expediente solicitó autorización de residencia en España, es decir, el 3 de abril de 2000⁷⁵. Aunque la Audiencia Nacional no añade nada más al respecto, lo que viene a poner de relieve es que estando en teoría previamente casado con D^a. Inés, contrajo un supuesto segundo matrimonio con D^a. Palmira cuando ya llevaba más de diez

⁶⁹ Apartado segundo de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

⁷⁰ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

⁷¹ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

⁷² Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

⁷³ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

⁷⁴ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

⁷⁵ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

años residiendo legalmente en España, conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, y a pesar de todo optó por la poligamia efectiva⁷⁶.

Además, la Audiencia Nacional añade que carecen del respaldo probatorio las alegaciones realizadas en la demanda y en su escrito de conclusiones en las que señala: "*Mi representado ha presentado un certificado de matrimonio con la madre de sus dos hijos menores, por lo que nunca podría estar casado con una persona con anterioridad, no habiendo estado casado nunca con su anterior pareja madre de sus dos hijos mayores...*". Como ya se ha señalado en los motivos de impugnación de la Resolución de la DGRN, efectivamente estas alegaciones realizadas por el solicitante de la nacionalidad española no permiten afirmar que el sujeto no es bígamo. El hecho de que el supuesto segundo matrimonio con D^a. Palmira se haya celebrado en la República de Guinea y se haya inscrito, no significa que su Ley nacional que coincide con la del lugar de celebración del matrimonio, no permita el matrimonio poligámico, sino que sería al revés, se podría deducir que en dicho Estado rige la poligamia como régimen matrimonial, dado que el 85% de la población de la República de Guinea es musulmana.

Por todo lo anteriormente señalado, la Audiencia Nacional concluye que el solicitante no ha justificado el suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 CC).

25. Si bien, la Audiencia Nacional para fundamentar el fallo de su sentencia recurre a la jurisprudencia, tanto para dar contenido al "*suficiente grado de integración en la sociedad española*" (art. 22.4 CC), como al "*orden público internacional español*" (art. 12.3 CC), pues los dos conceptos utilizados para denegar la nacionalidad española al ciudadano polígamo son indeterminados.

Así, aunque en otras sentencias también se incluye el mismo texto, la Audiencia Nacional alude concretamente a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2011, en la que se señala respecto del "*suficiente grado de integración en la sociedad española*" que: "*(...) la integración social deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales españoles, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, del grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo y estructura familiar; todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente (Ss. 25-2-2010 y 26-2-2010, entre otras) (...)*"⁷⁷.

Además añade la Audiencia Nacional, en concreto y respecto de la estructura familiar, "*señala la última de dichas sentencias, reiterando lo que ha dicho por esta Sala en sentencias de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009: que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC)*"⁷⁸.

Se procede a explicar en detalle ambos conceptos, si bien en relación con el objeto de la sentencia del 11 de septiembre de 2017, que no es otro que la denegación de nacionalidad española por poligamia, así como en relación con otras sentencias sobre la misma materia.

⁷⁶ Vid. Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921).

⁷⁷ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). También se recoge en el apartado segundo de los Fundamentos de la Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921).

⁷⁸ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). De la misma manera se recoge en el apartado cuarto de los Fundamentos de la Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

1. Suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 CC)

26. Efectivamente, tal y como exige el art. 22.4 CC, uno de los requisitos para obtener la nacionalidad española, es que el promotor de la solicitud de nacionalidad tenga un “suficiente grado de integración en la sociedad española”⁷⁹. Y es el interesado el que debe probar que cumple con este requisito para la obtención de la nacionalidad española, tal y como se señala en la numerosa jurisprudencia existente⁸⁰. De manera que si el promotor no consigue probar este extremo, la solicitud de nacionalidad española por residencia será rechazada, como ocurre en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo que se está estudiando.

Es precisamente el art. 220 del RRC el que exige que en relación con el solicitante, en la solicitud se indique: “5.º (...) si habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, y las demás que estime conveniente”⁸¹. Además, en el art. 221 del RRC se señala que el cumplimiento de estos requisitos podrá ser acreditado por cualquier medio de prueba jurídicamente admisible, destacando en su último párrafo la importancia de la audiencia ante el Encargado del Registro “(...) especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles”⁸².

27. Ahora bien, la interpretación de este concepto jurídico indeterminado nos lleva al análisis jurisprudencial⁸³. Es precisamente en varias sentencias donde se señala que: “los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado

⁷⁹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley 36/2002, de 8 de octubre: nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad”, *Anales de derecho*, nº 20, 2002, pp. 207-220; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad: recensión y comentario de las decisiones dictadas de enero a octubre de 2005”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº. 10, 2005, pp. 213-233; P. BLANCO-MORALES LIMONES; A.-M. CABALLUD HERNANDO “Inmigración, integración y adquisición de la nacionalidad española”, en M. BALADO RUIZ-GALLEGOS (coord.), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Editorial Bosch, Madrid, 2008, pp. 429-442; N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 276-278; M.-I. DE LA IGLESIA MONJE, “La integración española como causa del otorgamiento o denegación de la nacionalidad española por residencia: el supuesto de la poligamia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIV, núm. 712, 2009, pp. 921-924; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 287; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, pp. 146-148; M. SOTO MOYA, “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 3, 2016, pp. 12-13.

⁸⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho de la nacionalidad”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ A. DURÁN AYAGO/ B.-L. CARRILLO CARRILLO, *Curso de Nacionalidad y Extranjería*, 2ª Ed., Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, Madrid, 2007, pp. 100-101.

⁸¹ Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

⁸² Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

⁸³ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 277 y 280; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 146.

*de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación*⁸⁴.

En cuanto a los primeros, los de carácter definido, la jurisprudencia señala que no plantean ningún problema para su apreciación. Pero en cuanto a los segundos, los de carácter indefinido, por su propia naturaleza, ya que se trata de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada que se adapte a las circunstancias del caso concreto. Dicha valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (art. 103 de la Constitución), sin que se deje al arbitrio de la discrecionalidad administrativa⁸⁵. Esta labor no depende del solicitante de la nacionalidad, que intentará probar que se halla integrado en la sociedad española, sino del tribunal que conozca del caso concreto, pues el cual juzgará y valorará los datos, pruebas y testimonios aportados y determinará si el solicitante alcanza el “suficiente grado de integración en la sociedad española”⁸⁶.

28. Son múltiples los casos en que se ha tratado el tema de la interpretación de dicho concepto jurídico en relación con todo tipo de solicitudes, no sólo cuando el sujeto que solicita la nacionalidad española es polígamo. Por lo tanto, del análisis jurisprudencial se puede concluir que la denegación de nacionalidad se produce sobre todo por dos motivos, que son el absoluto desconocimiento del castellano, y la falta de cumplimiento de los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento⁸⁷.

29. En relación con el conocimiento del idioma y de las instituciones, se exige acreditar que el grado de integración en la sociedad española sea “suficiente”, no hace falta que sea “total”⁸⁸. Esto no implicaba, hasta el 15 de octubre de 2015 –así que incluye todos los procedimientos que se han mencio-

⁸⁴ Apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921).

⁸⁵ Esto se justifica porque: “Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999, citando otras muchas como las de 22-6-82, 13-7-84, 9-12-86, 24-4, 18-5, 10-7 y 8-11 de 1993, 19-12-95, 2-1-96, 14-4, 12-5 - y 21 - 12- de 1998 y 24-4-99, que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, como orden público e interés nacional, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, añadiendo que el reconocimiento de la nacionalidad española no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos.” (Apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539)).

⁸⁶ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 280.

⁸⁷ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 146.

⁸⁸ *Vid.* Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627). En tales sentencias el recurrente señala que el grado de integración ha de ser “suficiente” no “total” y que el hecho de estar casado con dos mujeres no le ha impedido el arraigo laboral y social en España. Es más, el Tribunal reconoce que no es suficiente con afirmar, como hizo la resolución administrativa recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil. En este sentido, se señala en dichas sentencias que, en función de las circunstancias del caso concreto, una figura que en principio es extraña para el ordenamiento jurídico español como es la poligamia no tiene que implicar necesariamente que el ciudadano no se haya integrado suficientemente en la sociedad, siendo el caso por ejemplo de aquellos sujetos que aunque se hayan casado en el pasado con un régimen poligámico, cuando solicitan la nacionalidad española ya no ejercen la poligamia de forma efectiva. Por esta razón, es más adecuado que el grado de integración “suficiente” y no “total” se tenga que cumplir en relación con el conocimiento del idioma y de las instituciones. *Vid.* A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 147.

nado en las sentencias— que se tuviera que hacer una prueba o examen de cultura general sobre nuestro país, sino que el Encargado del Registro Civil deberá “*oir personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles*” para verificar su integración (art. 221 RRC)⁸⁹. Es cierto que en ocasiones se ha denegado la nacionalidad española por tener un nivel muy escaso de la lengua castellana⁹⁰. Sin embargo, según el Tribunal Supremo no se acredita la integración en la sociedad española por el hecho de que no sepa leer ni escribir, sino por el desconocimiento del idioma castellano⁹¹.

Para intentar solucionar el problema del nivel que se debe exigir de castellano y de conocimientos de las instituciones y cultura españolas, en virtud de los cuales a un extranjero se le considere suficientemente integrado en la sociedad española, se decidió proceder a una legislación adecuada a la materia.

Así pues, desde del 15 de octubre del 2015, fecha de la entrada en vigor de la disposición que aborda el procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia, los promotores que realicen su solicitud de nacionalidad a partir de esa fecha, deberán superar dos pruebas diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes⁹². En primer lugar, los solicitantes nacionales de países o territorios en los que el español no sea idioma oficial deberán acreditar un dominio del español mediante la obtención de un diploma de español DELE de nivel A2 o superior; y en segundo lugar, deberán de superar el exámen CCSE (Conocimientos Constitucionales y Socioculturales de España)⁹³. Por lo tanto, para que un sujeto extranjero que quiera obtener la nacionalidad española, el cual no tenga en su país de origen el castellano como lengua oficial, deberá superar los dos exámenes y pagar las correspondientes tasas que ascienden a 100 euros⁹⁴.

⁸⁹ Parte de la doctrina considera que la actuación del Encargado del Registro Civil puede llegar a suponer en ocasiones una discrecionalidad administrativa, sobre todo a partir de la Instrucción de la DGRN de 26 de julio de 2007 que insistía en que el extranjero demostrase su conocimiento de la cultura del país. Sin embargo, los encargados de los registros civiles exigían la realización de un cuestionario en el que incorporaban preguntas sobre temas muy variados tanto de carácter histórico y geográfico sin olvidar cuestiones políticas, económicas o deportivas. Ahora bien, ni el RRC, ni la Instrucción señalaban su obligatoriedad. Por eso, ya se afirmaba que en un futuro no muy lejano, para conseguir la nacionalidad española se iba a tener que hacer un “examen de españolidad”, que como se verá a continuación, algo parecido a dicho examen se ha venido a imponer (A. ORTEGA GIMÉNEZ, J.-M. HERRERO BOTELLA Y J. ALARCÓN MORENO, “¿Futura reforma del sistema de adquisición de la nacionalidad española por residencia?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2012, Pamplona, 2012, pp. 151-164; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Immigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 147).

⁹⁰ Concretamente, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de noviembre de 2008 (JUR\2009\3325), ante la negativa de la Administración la AN anula la decisión y concede la nacionalidad al considerar que: “*El dato decisivo que determinó finalmente que se le denegara la nacionalidad española fue el hecho de que no sabía leer y escribir en castellano. Lo cierto es que esta circunstancia hay que ponerla en relación con el hecho de que la recurrente no recibió instrucción escolar durante su estancia en el país de origen, por lo que tampoco sabe leer y escribir en árabe según manifiesta ella misma, y se casó a los 16 años habiendo sido madre de 11 hijos. La recurrente ha demostrado, a juicio de este Tribunal suficiente grado de integración en la sociedad española, pudiendo comunicarse en nuestro idioma de forma oral, y si bien no sabe leer y escribir, ello se debe a su trayectoria vital y su escasa formación escolar, deficiencia que la recurrente ha intentado remediar en España intentando asistir a cursos de lectura y escritura para adultos, pese a sus múltiples ocupaciones familiares. Lo cual unido al hecho de que ha demostrado un conocimiento de los aspectos básicos de las instituciones españolas sirven para concluir, a juicio de este Tribunal, que ha demostrado el suficiente grado de integración en la sociedad española exigido por el art. 22 del Cc para obtener nuestra nacionalidad*”.

⁹¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de octubre de 2007 (JUR\2007\7229). En este fallo se pone de manifiesto que la actora vive en Melilla desde 1989 y tiene cinco hijos de nacionalidad española. Según el Tribunal Supremo no queda acreditada su integración en la sociedad española, por su desconocimiento del idioma castellano y no por el hecho de que no sepa leer ni escribir, unido a la ausencia de invocación y acreditación de otras circunstancias de las que se pueda deducir su integración en la vida y costumbres españolas. Así también en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 octubre 2011 (JUR\2012\1170) se le deniega la nacionalidad a un sujeto que habla y entiende el español y después de estar muchos años viviendo en nuestro país, ni lee ni escribe el castellano, “*como tampoco demuestra que tenga conocimientos culturales y sociales exigibles a un hombre medio*”.

⁹² Disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, 14 julio 2015.

⁹³ Apartado 3 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, 14 julio 2015. *Vid.* M. SOTO MOYA, “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 3, 2016, p. 12.

⁹⁴ Apartado 4 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, 14 julio 2015.

En mi opinión, esto no significa que si un ciudadano extranjero que ejerce la poligamia de forma efectiva supera estas dos pruebas se le vaya a conceder la nacionalidad española⁹⁵. Aunque en la redacción del texto de dicha disposición final séptima se dice que “*la acreditación del suficiente grado de integración requerirá la superación de dos pruebas*”, si bien en el párrafo anterior se aclara que “*deberá acreditarse mediante los documentos y demás pruebas previstas en la ley y reglamentariamente*”, así que la superación de las dos pruebas se añade a las demás pruebas, documentos y datos que han de tenerse en cuenta para acreditar el suficiente grado de integración en la sociedad española⁹⁶. En desarrollo de dicho artículo, el 12 de octubre del año 2016 entró en vigor la norma, en la que entre otros aspectos relacionados con la obtención de la nacionalidad española por residencia, se detalla cómo debe ser la instrucción del procedimiento, que incluye la superación de las pruebas señaladas⁹⁷. Si bien en dicho precepto, no añade nada nuevo en cuanto a cómo acreditar suficientemente el grado de integración en la sociedad española respecto a cómo se ha venido realizando hasta el momento según la jurisprudencia estudiada, salvo las dos pruebas incorporadas que deben superarse.

Aunque el dominio de una lengua y de la cultura de un país no suponga en todos los casos la integración en la sociedad española, sí denota cierto interés por formar parte de su cultura y de integrarse en ella. Sin embargo, es cierto que muchas personas consiguen hablar el castellano, aunque no saben leer, ni escribir, pero a veces, es debido a que no leen ni escriben ni en su lengua materna, con lo cual podría decirse que se han integrado en la sociedad española de la misma forma que lo estaban en su país de origen. Así que en mi opinión estas pruebas son innecesarias para determinar si un sujeto está integrado en la sociedad española, sea o no sea polígamo. Por esta razón, la solución que existía anteriormente a la Ley 19/2015, a través de un análisis caso por caso, sin la obligatoriedad de pasar un examen era más adecuada.

30. Efectivamente, la doctrina opina de forma acertada que la suficiente integración no debe identificarse únicamente con hablar o conocer el idioma, sino que implica la adopción de un conjunto de valores más amplio, que se han mencionado en el fallo de la sentencia, y que son la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en la relaciones económicas, sociales y culturales, sin olvidar el arraigo familiar⁹⁸.

En definitiva, para la concesión de la nacionalidad española, porque satisface el requisito de “*suficiente grado de integración en la sociedad española*”, del art. 22.4 CC, el ciudadano extranjero debe cumplir obligatoriamente con dos requisitos, que aunque son independientes se complementan. Esto quiere decir que el solicitante que no cumpla con alguno de los requisitos, se le denegará la nacionalidad, pero se pueden complementar entre sí.

Así pues, si un ciudadano extranjero supera las dos pruebas exigidas en cuanto al conocimiento del castellano y de las instituciones y cultura del país, pero resulta que ejerce la poligamia de forma efectiva, éste cumple con el primero de los requisitos, pero no cumple con el segundo que es la falta de armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, al elegir la poligamia como forma de vida.

⁹⁵ De forma errónea *Vid.* M. SOTO MOYA, “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 3, 2016, pp. 12-13. En este sentido se cita textualmente: “*Al polígamo no podrá denegársele la nacionalidad española por “falta de integración en la sociedad española”, si acredita los dos requisitos mencionados*”. Eso sí, es correcta la solución propuesta en caso de que a un sujeto polígamo solo se le exigiese aprobar los dos exámenes para obtener la nacionalidad española: “*En nuestra opinión, la única manera de no conceder la nacionalidad española será que de la documentación aportada se derive la situación de poligamia, y se deniegue por orden público, recurso al que pueden acudir las autoridades siempre que tengan que aplicar una legislación extranjera que consideren contraria a aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro ordenamiento jurídico*”.

⁹⁶ Apartado 3 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, 14 julio 2015.

⁹⁷ Art. 7 Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia, BOE núm. 246, 11 octubre 2016.

⁹⁸ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 147. En particular, *Vid.* el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627).

Ahora bien, siguiendo el tenor literal de la norma, si un ciudadano extranjero no supera las dos pruebas señaladas, no debería obtener la nacionalidad española, aunque no fuese un sujeto polígamo y cumpliera con el segundo de los requisitos. Sin embargo, en mi opinión dicho sujeto sí que debería conseguir la nacionalidad española aunque no haya superado las dos pruebas indicadas siempre que pueda hablar el castellano, aunque no lo escriba, ni lo lea, y además sea un sujeto que no ejerce la poligamia, y consigue tal y como indica la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de análisis, la del 11 de septiembre del 2017: *”la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en la relaciones económicas, sociales y culturales, sin olvidar el arraigo familia”*⁹⁹. Esta es la solución que se ha venido adoptando en toda la jurisprudencia analizada, ya sea de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo¹⁰⁰. Así que en mi opinión, la nueva regulación existente no ha venido a aportar mayor claridad a la cuestión, sino todo lo contrario.

31. La Audiencia Nacional ya se ha pronunciado en anteriores sentencias sobre la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia, por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico¹⁰¹. Por eso, la Audiencia Nacional afirma que *“(...) no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monógama (...)”*¹⁰². Esto quiere decir que el régimen matrimonial vigente en España es la monogamia, así que va a ser difícil que la poligamia no tenga un carácter diferente en la sociedad española, por muy abierta que pueda llegar a ser con las distintas costumbres de otros países.

Además, la Audiencia Nacional señala que es la ley española la que lo establece, de modo que: *“resulta contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal - artículo 46.2. del Código Civil (LEG 1889, 27)”*¹⁰³. En definitiva, atenta contra el orden público internacional español la ley extranjera que permite contraer matrimonio a un sujeto que concurre en él el impedimento de ligamen, por lo que la Audiencia Nacional concluye que la decisión adoptada resulta correcta en cuanto que interpreta de una manera razonable la norma en que se establece¹⁰⁴.

⁹⁹ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

¹⁰⁰ Apartado segundo de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921).

¹⁰¹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de junio de 2001 (JUR\2001\294445); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de junio de 2002 (JUR\2003\58420).

¹⁰² Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de junio de 2002 (JUR\2003\58420): esta es sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, a raíz de la cual se dictó la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539); también haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2015 (JUR\2015\304188).

¹⁰³ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de junio de 2002 (JUR\2003\58420): esta es sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, a raíz de la cual se dictó la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539); también haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2015 (JUR\2015\304188).

¹⁰⁴ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de junio de 2002 (JUR\2003\58420): esta es sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, a raíz de la cual se dictó la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539);

32. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 2008 ya tuvo ocasión de señalar al respecto que *"esta Sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" del art. 22.4 CC (LEG 1889, 27), ya que no es lo mismo residir en España –algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese– que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas"*¹⁰⁵.

Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004 –esa es la fecha correcta, porque es citada de forma errónea en muchas sentencias como STS de 14 de julio de 2004– después de manifestar que de los datos del expediente se desprende que aunque haya fallecido la primera esposa, tiene dos esposas, señala respecto de dicho motivo de impugnación de discriminación por razón de creencia que no es lo mismo tener la residencia habitual en España que ser nacional español. Pues el adquirir la nacionalidad, lleva asociadas una serie de derechos, como es poder votar y participar en la vida pública de ese país, pudiendo llegar a ser un representante político, aunque no sólo tiene implicaciones políticas, sino que también las tiene económicas, como que todas las cónyuges tengan derecho a la nacionalidad española por residencia o a su reagrupación por parte del cónyuge polígamo¹⁰⁶. Por lo tanto, no puede permitirse que alguien que ejerce la poligamia de forma efectiva obtenga la nacionalidad española.

Por otro lado, el Tribunal Supremo también afirma en la Sentencia de 19 de junio de 2008: *"que quizá no sea suficiente decir, como prudentemente hizo la resolución administrativa recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil. No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad"*¹⁰⁷. En este sentido, el Tribunal reconoce que no es suficiente con afirmar, como hizo la resolución de la DGRN recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil. Por lo que, en función de las circunstancias del caso concreto, una figura que en principio es extraña para el ordenamiento jurídico español como es la poligamia no tiene que implicar necesariamente que el ciudadano que en su momento optó por la poligamia no se haya integrado suficientemente en la sociedad. Este sería el caso por ejemplo de aquellos sujetos que aunque se hayan casado en el pasado bajo un régimen poligámico, cuando solicitan la nacionalidad española ya no ejercen la poligamia de forma efectiva; o de aquellos ciudadanos que habiendo optado en el certificado de matrimonio por la poligamia, en realidad sólo tienen una esposa¹⁰⁸. En este sentido, no debería existir ninguna traba legal por la que se le deniegue la nacionalidad española a un sujeto extranjero polígamo, sujeto que se hizo polígamo en su país de origen, que cumple con todos los requisitos previstos por la Ley para poder adquirir

también haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2015 (JUR\2015\304188).

¹⁰⁵ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004 (RJ\2004\5546); apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

¹⁰⁶ M.-D. ADAM MUÑOZ, "El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio", en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (COORD.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, p. 220; N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, "Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 279.

¹⁰⁷ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

¹⁰⁸ *Vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127); SAP Álava núm. 339/2016, de 26 octubre (AC\2016\1842). Esta última sentencia hace referencia a la solicitud de inscripción de un matrimonio por parte de un sujeto que había adquirido la nacionalidad española y que la DGRN rechazó realizar porque había optado por la poligamia en la certificación registral de matrimonio, pero que posteriormente la Audiencia Provincial de Álava permitió su inscripción tras comprobar que el sujeto nunca había ejercido la poligamia. En este caso se realizó una interpretación restrictiva del orden público internacional, pues según la sentencia se deben analizar los datos del caso concreto para poder decidir si un sujeto que opta por la poligamia en el acta registral de su primer matrimonio efectivamente se ha casado más veces o existen hechos que nos permiten corroborar esta hipótesis.

la nacionalidad española y que puede demostrar que convive con una sola mujer, pues ha renunciado a la poligamia como forma de vida¹⁰⁹.

33. Sin embargo, la conclusión de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 11 de septiembre de 2017 es que la poligamia no sólo es una figura extraña a nuestro ordenamiento jurídico, sino que es radicalmente opuesta en todo su significado a los principios que rigen la sociedad española del momento¹¹⁰. Así la Audiencia Nacional en relación con la estructura familiar, procede a resumir todos los argumentos señalados por la jurisprudencia: *”la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC)”*¹¹¹.

Se procede pues a analizar el orden público internacional español frente a la poligamia.

2. Orden público internacional (art. 12.3 CC)

34. También el art. 21.2 CC establece que el Ministerio de Justicia podrá denegar la nacionalidad española *“por motivos razonados de orden público o interés nacional”*. El orden público internacional en el caso de la poligamia se activa porque supone un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero. En este sentido, por muy válida y legal que sea una figura o situación regulada por una legislación extranjera no implica que el Estado receptor deba asumirla como propia sin ningún tipo de limitación, y eso aunque el interesado haya cumplido con el resto de requisitos previstos por la Ley¹¹².

Ahora bien, el fallo de la Sentencia de 11 de septiembre del 2017 señala qué debe comprender este concepto en relación con la poligamia: *“Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP)”*¹¹³.

¹⁰⁹ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 278; M.-I. DE LA IGLESIA MONJE, “La integración española como causa del otorgamiento o denegación de la nacionalidad española por residencia: el supuesto de la poligamia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIV, núm. 712, 2009, pp. 921-924; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 147. Tal y como se deduce de los fallos de varias sentencias y en contra de la opinión de la DGRN (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127); SAP Álava núm. 339/2016, de 26 octubre (AC\2016\1842)).

¹¹⁰ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 280.

¹¹¹ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). De la misma manera se recoge en el apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); en el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); en el apartado cuarto de los Fundamentos de la Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

¹¹² N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 281.

¹¹³ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). De la misma manera se recoge en el apartado tercero de los

35. En este caso, no se aborda la aplicación, en sentido estricto, de una Ley extranjera que admite la poligamia¹¹⁴. Lo que se plantea es si un sujeto casado con varias mujeres de forma válida según su ley nacional, muestra un suficiente grado de integración, con el objetivo de adquirir la nacionalidad española. En este sentido, la concesión de la nacionalidad española a una persona afectada por impedimento de ligamen, aunque su ley nacional lo permita, supondría una “*externalidad negativa*”, es decir un daño a la “*organización moral y económica de la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto*”¹¹⁵. En definitiva, la concesión de la nacionalidad española a un sujeto que ejerce la poligamia de forma efectiva, constituye un efecto jurídico “nuclear” de los matrimonios poliogámicos que no puede permitirse, por los argumentos señalados.

Como ya se abordó al tratar los matrimonios poligámicos en España, se debe distinguir entre si el matrimonio poligámico se pretende celebrar en España, o si el matrimonio poligámico ya se ha celebrado válidamente en otro país, pero se pretende hacer valer en España. Si el matrimonio se pretende celebrar en España, el orden público internacional español interviene para impedir la aplicación de la Ley nacional del contrayente extranjero, en virtud del art. 12.3 CC¹¹⁶. Por lo tanto, el matrimonio poligámico no puede celebrarse en España, porque supone un delito, castigado con pena de prisión que puede estar entre los seis meses y un año (art. 217 del Código Penal)¹¹⁷.

36. Ahora bien, si el matrimonio poligámico se ha celebrado en el extranjero y se pretende inscribir en España, aunque bajo su Ley nacional sea válido se activa un orden público internacional atenuado¹¹⁸. En este sentido, visto que el matrimonio poligámico ya se ha celebrado en el extranjero y es válido allí, por el mero hecho de cruzar la frontera, sería injusto sobre todo para la segunda, tercera o cuarta esposa, que dichos matrimonios fueran considerados como totalmente inexistentes, especialmente cuando los contrayentes residen en Estados que admiten la poligamia o cuando la primera esposa es nacional de un Estado que admite la poligamia¹¹⁹.

Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); en el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); en el apartado cuarto de los Fundamentos de la Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

¹¹⁴ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, p. 281.

¹¹⁵ Sobre el orden público internacional español, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2017, pp. 608-637.

¹¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 150.

¹¹⁷ En muchos países de Europea, la poligamia constituye un delito tipificado en el Código Penal, como es el caso de Italia, de Alemania, de Francia, Inglaterra o de Suiza (*vid.* T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cuarta edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, pp. 36-37, 66-67; A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Inglaterra, 2011, p. 46).

¹¹⁸ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-227; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de Familia Internacional*, Volumen II, Comares, Granada, 2005, pp. 53-55; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-288; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 151-158.

¹¹⁹ Esto por dos razones: porque dañaría la “estabilidad legal” de los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero y la seguridad jurídica; porque el peligro para la organización moral y económica de la sociedad española es mucho menor si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero que si el matrimonio se pretende celebrar en España (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 151-152).

El orden público internacional español atenuado impedirá los efectos jurídicos “nucleares” del matrimonio poligámico, porque su admisión en España dañaría la estructura básica y la cohesión de la sociedad española; pero permitirá otros efectos jurídicos “periféricos”, porque no produce daño a la cohesión de la sociedad española¹²⁰. Si bien esta teoría del orden público internacional atenuado, de origen francés, es la que se ha impuesto frente a otras teorías que fueron surgiendo en otros Estados como respuesta al problema que empezaron a plantear los matrimonios poligámicos en los ordenamientos en el que el régimen matrimonial existente era la poligamia¹²¹. Esta teoría está en consonancia con la postura de J.-D. GONZÁLEZ CAMPOS que trataba de buscar la justicia en el caso concreto, siguiendo los principios de flexibilización, especialización y materialización propios del Derecho internacional privado¹²².

En aplicación de este orden público internacional atenuado, en primer lugar y como se ha podido concluir en el presente trabajo, el sujeto que ejerce la poligamia de forma efectiva no podrá adquirir la nacionalidad española por residencia, porque éste no demuestra un “suficiente grado de integración en la sociedad española” (art. 22.4 CC), pues aunque su Ley nacional (art. 9.1 CC) lo permita, constituye una realidad contraria a los principios fundamentales del Derecho matrimonial español¹²³. Ahora bien, una vez que el sujeto haya obtenido la nacionalidad española de forma fraudulenta, entre los efectos jurídicos “nucleares” que no se permiten para dichos matrimonios en los que el sujeto ya es español estarían la no inscripción del segundo, tercer o cuarto matrimonio, así que no podrán divorciarse de dichas mujeres porque no aparecen inscritas como esposas de dicho ciudadano polígamo¹²⁴. Además sólo la primera mujer, podrá adquirir la nacionalidad española por residencia de un año en España, así que el resto de esposas no podrá adquirir la nacionalidad española¹²⁵.

Este problema ya se ha abordado en el presente el trabajo, que no es otro que la contradicción entre el primer efecto “nuclear” mencionado y los demás efectos “nucleares”. Pues si un sujeto es polígamo, no puede obtener nunca la nacionalidad española (art. 22.4 CC), con lo cual no se plantearía ningún problema en relación a cuál de las esposas accede al Registro Civil, ni de quién de ellas podrá divorciarse, ni cuál de las mujeres tendrá oportunidad de obtener la nacionalidad española por residencia de un año (art. 22.2 CC). Y tampoco sería necesario permitir ninguno de los efectos “periféricos” a todas las esposas del sujeto polígamo. El otorgar la nacionalidad española a sujetos que ejercían la poligamia

¹²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 152.

¹²¹ La teoría de los efectos atenuados del orden público surgió en Francia para solucionar los conflictos multiculturales como consecuencia de la emigración de los ciudadanos de las colonias a la metrópolis, sobre todo desde Argelia. Pero además existía la teoría de *l’Inlandsbeziehung* o del elemento de la relación jurídica estrechamente vinculado con el foro, de F. KAHN; o la teoría de la elaboración de un derecho material o conflictual especial para este tipo de supuestos, adoptada por ejemplo en Gran Bretaña o Irlanda del Norte, en donde la *Polygamus Marriage Act* de 1972 fue dictada de forma expresa para regular los matrimonios polígamos (M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-227). Para un mayor desarrollo de la teoría de *l’Inlandsbeziehung* vid., P. LAGARDE, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la repudiation. L’expérience française”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage a François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 270-274.

¹²² Vid. J.-D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Apuntes policopiados curso 1983-1984, Madrid, 1984; M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, p. 227.

¹²³ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 221-222; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 287; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 155.

¹²⁴ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 221-222; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 287; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 155.

¹²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 155.

de forma efectiva fue debido en un primer momento a la falta de diligencia de las autoridades administrativas, cuando las familias comenzaron a internacionalizarse por la globalización, ya que dichas autoridades no estaban preparadas para detectar si un sujeto que solicitaba la nacionalidad española era polígamo o no lo era.

En cuanto a los efectos jurídicos “periféricos” de los matrimonios poligámicos de aquellos sujetos que han obtenido la nacionalidad española, es decir que estarían permitidos para dichos matrimonios serían entre otros, la reagrupación familiar del cónyuge elegido por el ciudadano polígamo y de todos sus hijos; o el derecho a la pensión de viudedad por parte de las distintas esposas¹²⁶. En cuanto a la reagrupación familiar, en España así como en los Estados con base democrática, sólo se permite la reagrupación de una de las esposas, no tiene que ser obligatoriamente la primera siempre que el varón polígamo cumpla con una serie de condiciones respecto de las esposas no reagrupadas¹²⁷. Mientras que con respecto a la pensión de viudedad, en defecto de convenio internacional de Seguridad Social entre España y otro Estado, la corriente doctrinal actual apunta hacia un reparto igualitario de la pensión de viudedad entre las distintas esposas, frente a la que se decantaba por un reparto proporcional al tiempo que permanecieron casadas con el fallecido¹²⁸.

37. En consecuencia, el fallo de la Sentencia de 11 de septiembre del 2017 señala que: “*Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un "suficiente grado de integración en la sociedad española"*”¹²⁹.

Por lo tanto, en el caso de que el demandante tenga un régimen familiar poligámico, como es el caso del ciudadano nacional de la República de Guinea, conforme a la doctrina legal existente, debe entenderse que el recurrente no cumple con el requisito del “*suficiente grado de integración en la sociedad española*”, de manera que la libertad ideológica, religiosa y de culto tiene los límites necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley¹³⁰.

¹²⁶ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-226; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de Familia Internacional*, Volumen II, Comares, Granada, 2005, pp. 53-55; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 285-287; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 154-158.

¹²⁷ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La reagrupación familiar: especial referencia a la inmigración magrebi”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, p. 111; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 286. Este es el caso de Estados como Francia, Alemania, Inglaterra o Suiza (A. Büchler, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Inglaterra, 2011, pp. 46-47).

¹²⁸ P. JUÁREZ PÉREZ, “Hacia un derecho internacional privado intercultural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 338-341; M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 224-225.

¹²⁹ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). De la misma manera se recoge en el apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); en el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); en el apartado cuarto de los Fundamentos de la Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

¹³⁰ Apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627).

V. Conclusiones

38. El fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017 de denegación de la nacionalidad española de un ciudadano de la República de Guinea, porque no “*satisface el suficiente grado de integración en la sociedad española*”, según el art. 22.4 CC, en mi opinión es la correcta¹³¹. Dicho sujeto aunque cumple con todos los requisitos que establece la Ley, como es la residencia continuada en España durante más de diez años, sin embargo no ha conseguido probar que ha elegido la monogamia como régimen matrimonial; sino todo lo contrario, de las pruebas, hechos y datos se desprende que ejerce la poligamia de forma efectiva.

Del análisis jurisprudencial se puede concluir que la denegación de nacionalidad se produce sobre todo por dos motivos, que son el absoluto desconocimiento del castellano, y la falta de cumplimiento de los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento¹³². Para comprobar que se cumplen tales requisitos, no era obligatorio que los solicitantes de la nacionalidad española realizaran ningún examen, si bien los encargados de los registros civiles realizaban un cuestionario en el que incorporaban preguntas sobre temas muy variados tanto de carácter histórico y geográfico, así como de cuestiones políticas, económicas o deportivas¹³³.

Si bien, esto ha cambiado a partir del 15 de octubre del 2015 – que no incluye ninguno de los procedimientos que se han mencionado en las sentencias analizadas- pues los promotores que realicen su solicitud de nacionalidad a partir de esa fecha, deberán superar dos pruebas diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes¹³⁴. En cualquier caso, de la redacción de dicha disposición se desprende que la superación de dicho examen no implica la concesión de la nacionalidad española, si el sujeto ejerce la poligamia de forma efectiva, porque en cualquier caso no ha conseguido “*suficiente grado de integración en la sociedad española*”.

Además, en relación con la exigencia de las dos pruebas obligatorias, en mi opinión son innecesarias para determinar si un sujeto está integrado en la sociedad española, sea o no sea polígamo. Aunque el dominio de una lengua y de la cultura de un país no suponga en todos los casos la integración en la sociedad española, sí denota cierto interés por formar parte de su cultura y de integrarse en ella. Sin embargo, es cierto que muchas personas consiguen hablar el castellano aunque no saben leer, ni escribir, pero en ocasiones, es debido a que no leen ni escriben ni en su lengua materna, con lo cual podría decirse que se han integrado en la sociedad española de la misma forma que lo estaban en su país de origen¹³⁵. Por esta razón, se ajustaba más a la realidad la solución que existía anteriormente a la Ley 19/2015, a través de un análisis caso por caso, sin la obligatoriedad de pasar un examen.

39. En este sentido, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017, el Ministerio Fiscal resalta la importancia de la audiencia ante el Encargado del Registro Civil, sobre todo para comprobar el grado de adaptación a la cultura y el estilo de vida españoles de dicho sujeto¹³⁶. De manera, que de la documentación aportada se deduce que el sujeto ha tenido hijos con dos mujeres diferentes y no ha realizado ninguna alegación aclaratoria al respecto, por lo que, a pesar del Informe favorable del Encargado del Registro Civil, el Ministerio Fiscal considera que la opción del ciudadano de la República de Guinea era la poligamia, lo cual evidencia “*un desinterés por su integración en nuestra sociedad*”¹³⁷.

¹³¹ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

¹³² A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB, Barcelona, 2013, p. 146.

¹³³ Sobre todo a partir de la Instrucción de la DGRN de 26 de julio de 2007.

¹³⁴ Disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, 14 julio 2015.

¹³⁵ *Vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de noviembre de 2008 (JUR\2009\3325).

¹³⁶ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

¹³⁷ Apartados tercero y cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

Por lo tanto, el solicitante de la nacionalidad española no facilitó la completa información recabada en el requerimiento de 22 de octubre de 2014. En este sentido, la Audiencia Nacional destaca que el solicitante únicamente adjuntó el certificado literal de su matrimonio D^a. Palmira, en teoría su segunda esposa, y que precisamente se celebró el 20 de julio de 2014. Dicha fecha, la de celebración de su hipotético segundo matrimonio es posterior a la fecha en la que el promotor del expediente solicitó autorización de residencia en España, es decir, el 3 de abril de 2000¹³⁸. En consecuencia, el ciudadano de la República de Guinea estando en teoría previamente casado con D^a. Inés, contrajo un supuesto segundo matrimonio con D^a. Palmira cuando ya llevaba más de diez años residiendo legalmente en España, por lo que conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, y a pesar de todo optó por la poligamia efectiva¹³⁹.

Además, la Audiencia Nacional añade que carecen del respaldo probatorio las alegaciones realizadas en la demanda y en su escrito de conclusiones en las que señala: "*Mi representado ha presentado un certificado de matrimonio con la madre de sus dos hijos menores, por lo que nunca podría estar casado con una persona con anterioridad, no habiendo estado casado nunca con su anterior pareja madre de sus dos hijos mayores...*". El hecho de que el supuesto segundo matrimonio con D^a. Palmira se haya celebrado en la República de Guinea y se haya inscrito, no significa que su Ley nacional que coincide con la del lugar de celebración del matrimonio, no permita el matrimonio poligámico, sino que sería al revés, se podría deducir que en dicho Estado rige la poligamia como régimen matrimonial, dado que el 85% de la población de la República de Guinea es musulmana.

40. En la actualidad, lo que viene sucediendo en la solicitud de nacionalidad española es la tramitación dolosa del demandante que, en ocasiones asesorado por su abogado pero otras veces no, va a hacer todo lo posible por justificar y cumplir todos los requisitos legales establecidos para conseguir la nacionalidad española¹⁴⁰. Tal y como se detalla en los antecedentes de la Sentencia objeto de análisis, así como en la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2015, la DGRN solicitó al ciudadano de la República de Guinea el certificado de matrimonio de sus hipotéticas esposas, así como acreditación de la disolución o nulidad del matrimonio su supuesta primera esposa y cualquier otra documentación acreditativa de los hechos anteriores, pero sólo aportó la certificación registral de su hipotético segundo matrimonio¹⁴¹. Por lo tanto, de acuerdo con Resolución de la DGRN, se puede confirmar que el solicitante pretende obtener la nacionalidad española a través de la omisión de datos que puedan determinar que es polígamo.

Esta tendencia del promotor de la solicitud de nacionalidad española hacia el fraude, la ocultación o el engaño también puede verificarse en otras sentencias anteriores y posteriores, tanto de la Audiencia Nacional, como del Tribunal Supremo¹⁴². Existen autores que en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 se plantean la cuestión de si el sujeto extranjero solicitante de la nacionalidad hubiera mantenido silencio respecto a su condición matrimonial, entonces quizás el

¹³⁸ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

¹³⁹ *Vid.* Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921).

¹⁴⁰ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, "Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, p. 279.

¹⁴¹ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528).

¹⁴² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004 (RJ\2004\5546); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2009 (RJ\2009\7068) (ECLI:ES:TS:2009:4764); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

resultado hubiera sido distinto¹⁴³. En ese momento, la pregunta tenía sentido, pues hasta el fallo de esta sentencia, la realidad era que lo habitual era conceder la nacionalidad a sujetos que eran polígamos¹⁴⁴. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, las posteriores sentencias denegaron la nacionalidad utilizando los argumentos de esta sentencia, pero en cualquier caso el hecho de que el sujeto no se manifestase de forma clara sobre sus relaciones conyugales, cuando hay indicios evidentes de poligamia, como son los hijos de varias mujeres, llevaban al Tribunal a la conclusión de que no se había integrado suficientemente en la sociedad española¹⁴⁵.

41. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional del 11 de septiembre de 2007, el fallo confirma la decisión de la DGRN. Sin embargo, existen otros casos, quizás los menos, en los que la DGRN se equivoca al denegar la nacionalidad española a un sujeto que en principio parece que ejerce la poligamia, pero que posteriormente, al presentar el solicitante un recurso contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional le concede la nacionalidad española.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de junio de 2008 reconoce que no es suficiente con afirmar como hizo la resolución de la DGRN recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil¹⁴⁶. Por lo que, en función de las circunstancias del caso concreto, una figura que en principio es extraña para el ordenamiento jurídico español como es la poligamia no tiene que implicar necesariamente que el ciudadano que en su momento optó por la poligamia no se haya integrado suficientemente en la sociedad. Este sería el caso por ejemplo de aquellos sujetos que aunque se hayan casado en el pasado bajo un régimen poligámico, cuando solicitan la nacionalidad española ya no ejercen la poligamia de forma efectiva; o de aquellos ciudadanos que habiendo optado en el certificado de matrimonio por la poligamia, en realidad sólo tienen una esposa¹⁴⁷. Así pues, no debería existir ningún impedimento legal por la que se le deniegue la nacionalidad española a un sujeto extranjero polígamo, sujeto que se hizo polígamo en su país de origen, que cumple con todos los requisitos previstos por la Ley para poder adquirir la nacionalidad española y que puede demostrar que convive con una sola mujer, pues ha renunciado a la poligamia como forma de vida¹⁴⁸.

¹⁴³ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 279.

¹⁴⁴ Efectivamente la ocultación de la poligamia por parte de los solicitantes de nacionalidad española, llevó en su momento a que se les concediera la nacionalidad española siendo sujetos polígamos, tal y como se puede verificar por las posteriores solicitudes de inscripción de los matrimonios poligámicos cuando ya los sujetos son nacionales españoles (N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 281).

¹⁴⁵ Por lo tanto, la jurisprudencia ha dado respuesta a la cuestión planteada sobre si la omisión de datos del solicitante del nacionalidad española sobre su vida conyugal le beneficia para la obtención de la misma, es decir, dicha ocultación le perjudica (N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 279).

¹⁴⁶ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478).

¹⁴⁷ *Id.* SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127); SAP Álava núm. 339/2016, de 26 octubre (AC\2016\1842). Esta última sentencia hace referencia a la solicitud de inscripción de un matrimonio por parte de un sujeto que había adquirido la nacionalidad española y que la DGRN rechazó realizar porque había optado por la poligamia en la certificación registral de matrimonio, pero que posteriormente la Audiencia Provincial de Álava permitió su inscripción tras comprobar que el sujeto nunca había ejercido la poligamia. En este caso se realizó una interpretación restrictiva del orden público internacional, pues según la sentencia se deben analizar los datos del caso concreto para poder decidir si un sujeto que opta por la poligamia en el acta registral de su primer matrimonio efectivamente se ha casado más veces o existen hechos que nos permiten corroborar esta hipótesis.

¹⁴⁸ N.-M. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 Junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, p. 278; M.-I. DE LA IGLESIA MONJE, “La integración española como causa del otorgamiento o denegación de la nacionalidad española por residencia: el supuesto de la poligamia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIV, núm. 712, 2009, pp. 921-924; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*,

42. Sin embargo, en el resto de las sentencias estudiadas, incluido el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional del 11 de septiembre de 2007, se le ha denegado la nacionalidad española a un ciudadano por no haber conseguido un “suficiente grado de integración en la sociedad española” (art. 22.4 CC). En este sentido, el fallo de la sentencia, recoge lo señalado por muchas otras sentencias anteriores y posteriores que es que para conseguir dicho objetivo, los ciudadanos tendrán que lograr “la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en la relaciones económicas, sociales y culturales, sin olvidar el arraigo familia”¹⁴⁹.

Además, añade la Audiencia Nacional, en concreto y respecto de la estructura familiar: “que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC)”¹⁵⁰. Luego, el orden público internacional interviene constituye un efecto jurídico “nuclear” de los matrimonios poliogámicos que no puede permitirse, porque si fuesen admitidos en España dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Tampoco se permiten otros efectos jurídicos “nucleares”, que entran en contradicción con la denegación de la nacionalidad española a un sujeto que es polígamo. Si un sujeto es polígamo, en todos los casos no lograra obtener la nacionalidad española (art. 22.4 CC), no se plantearía ningún problema en relación a cuál de las esposas accede al Registro Civil, ni de quién de ellas podrá divorciarse, ni cuál de las mujeres tendrá oportunidad de obtener la nacionalidad española por residencia de un año (art. 22.2 CC), que son los efectos jurídicos “nucleares” que no se les permite a la segunda, tercera o cuarta esposa, si las hubiere¹⁵¹. Y tampoco sería necesario permitir ninguno de los efectos “periféricos” para los matrimonios poligámicos, como son la reagrupación familiar del cónyuge elegido por el ciudadano polígamo y de todos sus hijos; o el derecho a la pensión de viudedad por parte de las distintas esposas¹⁵².

CIDOB, Barcelona, 2013, p. 147. Tal y como se deduce de los fallos de varias sentencias y en contra de la opinión de la DGRN (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 2008 (JUR\2008\164675); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014:5127); SAP Álava núm. 339/2016, de 26 octubre (AC\2016\1842)).

¹⁴⁹ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). También se recoge en el apartado segundo de los Fundamentos de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado segundo de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921).

¹⁵⁰ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 (JUR\2017\237715) (ECLI:ES:AN:2017:3528). De la misma manera se recoge en el apartado cuarto de los Fundamentos de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571) (ECLI:ES:TS:2010:893); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de noviembre de 2010 (JUR\2010\404856) (ECLI:ES:AN:2010:5329); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876) (ECLI:ES:TS:2011:8627); en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2012 (JUR\2012\94202) (ECLI:ES:AN:2012:921); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539).

¹⁵¹ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 221-222; M. GARDENES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 287; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 155.

¹⁵² M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-226; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de Familia Internacional*, Volumen II, Comares, Granada, 2005, pp. 53-55; M. GARDENES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 285-287; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, pp. 154-158.

El otorgar la nacionalidad española a sujetos que ejercían la poligamia de forma efectiva fue debido en un primer momento a la falta de diligencia de las autoridades administrativas, cuando las familias comenzaron a internacionalizarse por la globalización, ya que dichas autoridades no estaban preparadas para detectar si un sujeto que solicitaba la nacionalidad española era polígamo o no lo era. Sin embargo, en la actualidad existe una tendencia del promotor de la solicitud de nacionalidad española hacia el fraude, la ocultación o el engaño para encubrir que ejerce la poligamia, que en muchas ocasiones es asesorado por su abogado.

43. Por lo tanto, la única posibilidad que tiene un sujeto que todavía no tiene la nacionalidad española para que el matrimonio con una de sus esposas tenga plenos efectos en España, es que ya no ejerza la poligamia de forma efectiva. Así que si lo que pretende es adquirir la nacionalidad española y poder inscribir en el Registro Civil español a su segunda, tercera o cuarta esposa, que es con la que convive o a la que en su caso querrá reagrupar, tendría que divorciarse legalmente en su país de origen o instar la nulidad de los matrimonios que no son válidos en España por impedimento de ligamen, de manera que sólo permaneciesen vínculos conyugales con una esposa.

Por ejemplo, si el ciudadano en su país de origen está casado con cuatro mujeres, pero convive únicamente con la tercera, para que el sujeto se considere integrado suficientemente en la sociedad española y pueda conseguir la nacionalidad española, tiene dos opciones: deberá divorciarse del resto de las esposas en su país de origen, así que estaría legalmente casado con la tercera; o bien, podría instar la nulidad en España de los matrimonios que no son válidos bajo el Derecho español, porque no tenía capacidad nupcial, es decir del segundo matrimonio y del cuarto, e incluso del primero, ya que tampoco sería válido al optar en la certificación extranjera de matrimonio por la poligamia. De esta manera, el sujeto podría obtener la nacionalidad española, aunque en principio, la DGRN se la denegará, porque existirán actas de matrimonio en las que figurará que opta por la poligamia como régimen matrimonial. Sin embargo, a través de un recurso contencioso-administrativo se le podría otorgar la nacionalidad española, porque teniendo en cuenta los datos y las pruebas del supuesto en cuestión, el sujeto no ejerce la poligamia de forma efectiva, pues está unido a través de vínculo conyugal solamente con la que en su momento fue su tercera esposa, que es con la que convive. Y una vez que hubiese obtenido la nacionalidad española, esta tercera esposa, que ya sería su única esposa, podría ser registrada como mujer de dicho ciudadano en el Registro Civil español, de la que por tanto, podrá divorciarse en España, y es esta esposa la que podría obtener la nacionalidad española por residencia de un año.

Para finalizar, en el caso de que el sujeto polígamo hubiera obtenido la nacionalidad española a través de fraude, engaño u ocultación, el problema se plantea cuando quiere inscribir como su esposa en el Registro Civil español a la segunda, tercera o cuarta esposa que es con la que convive pues ya no ejerce la poligamia de forma efectiva. En este sentido, la legislación española sólo permite la inscripción en el Registro Civil español de una mujer, como esposa del varón polígamo, en concreto la primera porque cuando contrajeron matrimonio el ciudadano no estaba sujeto a ningún impedimento de ligamen. Así pues, extrapolando el análisis anterior a este supuesto concreto, si el sujeto pretende inscribir en el Registro Civil español a su segunda, tercera o cuarta esposa, que es con la que convive o a la que en su caso querrá reagrupar, de la misma forma que antes, tendría que divorciarse legalmente en su país de origen o instar la nulidad de los matrimonios que no son válidos en España por impedimento de ligamen, de manera que sólo mantuviese vínculos conyugales con una esposa. Ahora bien, si no se ha divorciado de la primera mujer en su país de origen y aparece inscrita en el Registro Civil español porque es la primera mujer de un nacional español, entonces tendrá también la posibilidad de divorciarse en España de la primera mujer, y en cuanto al resto esposas, que no sean la que pretende inscribir como esposa en el Registro civil español, tendrá que, o bien divorciarse en su país de origen, o bien instar la nulidad de dichos matrimonios en España.

Por ejemplo, un ciudadano que en su país de origen está casado con tres mujeres, pero que aún así ha obtenido la nacionalidad española a través de fraude y engaño, y que en la actualidad convive únicamente con la segunda esposa, es decir que no ejerce la poligamia de forma efectiva, quiere inscribir en el Registro Civil español a su segunda esposa. Pues bien, dicho sujeto tiene dos opciones: deberá divorciarse del resto de las esposas en su país de origen (la primera y la tercera), por lo que figuraría

legalmente casado con la segunda; o bien, podría instar la nulidad en España de los matrimonios que no son válidos bajo el Derecho español, porque no tenía capacidad nupcial, es decir del tercer matrimonio, e incluso del primero, ya que tampoco sería válido al optar en la certificación extranjera de matrimonio por la poligamia. Ahora bien, si no se ha divorciado de la primera mujer en su país de origen y aparece inscrita en el Registro Civil español, entonces tendrá también la posibilidad de divorciarse en España de la primera mujer, y respecto de la tercera esposa tendrá que, o bien divorciarse en su país de origen, o bien instar la nulidad de ese tercer matrimonio en España.

En este sentido, la DGRN en principio, le denegará al ciudadano supuestamente polígamo la inscripción de este segundo matrimonio, porque existirán con toda seguridad certificaciones extranjeras de matrimonio en las que figurará que el sujeto opta por la poligamia como régimen matrimonial. Sin embargo, a través de un recurso contencioso-administrativo, el ciudadano podría conseguir la inscripción del segundo matrimonio, porque teniendo en cuenta los datos y las pruebas del supuesto en cuestión, el sujeto no ejerce la poligamia de forma efectiva, pues está unido a través de vínculo conyugal solamente con la que fue en su momento su segunda esposa, que es con la que convive. Y una vez que hubiese sido inscrita la segunda y única esposa como mujer del varón que en su momento fue polígamo, es de la que por tanto, podrá divorciarse en España porque es la que figura legalmente casada y es esta esposa la que podría obtener también la nacionalidad española por residencia de un año.

44. En cualquier caso, la posición adoptada por el Derecho español con respecto a los matrimonios poligámicos en mi opinión es la adecuada, ya que otorgar la nacionalidad española a un sujeto que ejerce la poligamia de forma efectiva, así como la inscripción de todos sus matrimonios en el Registro Civil español, como ya se ha dicho supondría unos elevados costes políticos y económicos. Sin embargo, sí que se le permiten ciertos efectos jurídicos a dichos matrimonios poligámicos, los menos dañinos para la cohesión de la sociedad española. Luego la solución se adecúa a la realidad existente en España, en la que conviven este tipo de matrimonios poligámicos con una sociedad en la que el régimen matrimonial vigente es la monogamia. A pesar de que esto supone un “choque de culturas”, se ha conseguido un “diálogo de ordenamientos jurídicos”¹⁵³.

Sin embargo, el problema que se sigue planteando en relación a los matrimonios poligámicos es que como consecuencia del fraude, el engaño o la ocultación en muchas ocasiones este tipo de matrimonios son difíciles de detectar, así que siguen adquiriendo la nacionalidad española sujetos que ejercen la poligamia de forma efectiva. Se trata de casos en los que el sujeto polígamo, esto es casado con varias mujeres en su país de origen, no vive en España con ninguna de sus esposas ni con ninguno de sus hijos, pero que una vez en España se casan con una mujer española, que con toda probabilidad no sepa que el sujeto está en casado en su país de origen, pues éste no aporta certificación extranjera de ningún tipo y no existen pruebas de su convivencia en España con ninguna de sus mujeres, ni con ninguno de sus hijos. Pero en este caso, la situación planteada es más grave, porque la celebración del matrimonio poligámico en España con la ciudadana española supone un delito, que es castigado con pena de prisión que puede estar entre los seis meses y un año (art. 217 del Código Penal).

¹⁵³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2017, p. 152. Para un mayor desarrollo de cómo la diversidad cultural y religiosa ha afectado al Derecho de Familia de los Estados europeos, *vid.* A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Inglaterra, 2011, pp. 5-26.

LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS PAREJAS NO REGISTRADAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

THE PATRIMONIAL EFFECTS OF UNREGISTERED COUPLES IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Profesora en formación de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 07.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4147>

Resumen: El nuevo Reglamento 1104/2016 se ocupa de la competencia judicial internacional, la Ley aplicable y el reconocimiento de decisiones relativas a los efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas. ¿Pero qué ocurre con los efectos patrimoniales de las uniones de hecho no registradas? Estas comunidades de vida, cada vez más comunes en España, conllevan también consecuencias económicas. Cuando se acaba el amor empiezan los litigios. Los integrantes de la pareja pueden reclamar alimentos debidos, pensión por desequilibrio, adjudicación de la vivienda y del ajuar familiar o posibles derechos sucesorios. En este trabajo se analizará la competencia judicial internacional y la Ley aplicable al patrimonio de las parejas de hecho no registradas en Derecho internacional privado español.

Palabras clave: Normas de producción interna, competencia judicial internacional, ley aplicable, parejas de hecho, parejas no casadas, uniones de hecho.

Abstract: New Regulation 1104/2016 deals with the assessment of international jurisdiction, applicable law and extraterritorial validity of decisions relating to the patrimonial effects of registered partnerships. The patrimonial effects of unregistered couples remain subject to domestic rules. These unions are more and more common in Spain and they also entail economic consequences. When love ends, litigation starts. The former partners can proceed against each other claiming for maintenance, compensatory allowances, rights of use and occupancy of the house or household effects and potential inheritance rights. This paper addresses the determination of international jurisdiction and applicable law on these matters under Spanish private international law.

Keywords: Domestic rules, international jurisdiction, applicable law, civil partnerships, unmarried couples, de facto unions.

Sumario: I. El tratamiento jurídico del patrimonio las parejas no casadas. 1. La diversidad de regulación en los Estados Miembros. 2. Regulación jurídica en España. A) Concepto de pareja de hecho en Derecho español. B) Formación de la pareja. C) Efectos patrimoniales. a) Derecho civil común. B) Derechos forales. II. El patrimonio de las parejas no casadas en Derecho internacional privado español. A) Cuestiones de competencia. B) Ley aplicable. a) Ley aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas no casadas. b) La cuestión previa de la existencia de la pareja. c) Incidencia de las normas autonómicas. C) El reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas al patrimonio de parejas no casadas. III. El Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas. IV. Consideraciones finales.

I. El tratamiento jurídico del patrimonio de las parejas no casadas

1. La existencia de “parejas de hecho”, es decir, parejas que conviven en una comunidad de vida sin estar unidas en matrimonio, es una realidad consolidada en España y en toda la Unión Europea¹. Este tipo de uniones son, desde el punto de vista sociológico, un “fenómeno multiforme”². Su formación responde a múltiples causas. Estas uniones se crean sobre todo por motivos ideológicos, es decir, por la percepción del vínculo matrimonial como algo demasiado formal, pero también por motivos prácticos. Así por ejemplo hay parejas que no contraen matrimonio porque no quieren perder ciertos beneficios adquiridos de un vínculo anterior, o simplemente porque la Ley no se lo permite³.

2. Ante este fenómeno cada vez más habitual, el Derecho no ha de adoptar una posición pasiva. La frase atribuida a Napoleón “*si les concubines se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*” no puede pronunciarse hoy día sin incurrir en una inexactitud jurídica. Las parejas de hecho generan problemas de todo tipo (familiares, patrimoniales, administrativos e incluso penales) y el Derecho ha de darles respuesta⁴. De hecho, los tribunales de los Estados Miembros han tenido que intervenir en muchas ocasiones para dirimir controversias relacionadas con estas parejas, tanto en su dimensión interna como por lo que se refiere a sus relaciones con terceros⁵.

3. De estos problemas, los que sin duda generan más contenciosos son los patrimoniales. Una comunidad de vida siempre conlleva consecuencias económicas, y en la mayoría de casos los miembros de la pareja no regulan tales consecuencias. Cuando se acaba el amor, aparecen los litigios. La regulación de los efectos patrimoniales de estas uniones es muy diferente de Estado a Estado, más aún si se considera que dichos efectos comprenden no sólo el posible régimen económico que pueda haberse creado con la constitución de la pareja, sino también otras consecuencias patrimoniales que puedan derivarse de haber mantenido una vida en común, como los alimentos o pensión por desequilibrio al otro integrante o a los hijos comunes, el destino de la vivienda y ajuar familiar, o los posibles derechos sucesorios del miembro superviviente respecto del patrimonio del causante. A ello se pueden sumar otros como la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios por fallecimiento del compañero o la posibilidad de subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar.

4. Esta diversidad de regulación genera muchos problemas cuando las uniones de hecho se producen en un contexto internacional. Estas parejas internacionales son muy comunes, en primer lugar, porque todos los ordenamientos admiten que se constituyan parejas con ciudadanos extranjeros o domiciliados en otro Estado y en segundo, porque no puede excluirse que la pareja traslade su domicilio fuera del Estado en que se creó, más aún en el contexto de libre circulación de personas existente en la Unión Europea⁶.

¹ Para R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*, n. 17, 2003, pp. 61-68, esp. p. 61, este tipo de parejas se inscriben hoy en día en lo que se podría denominar “normalidad social”. Ya quedan atrás aquellos años en los que España se consideraba en el grupo de países europeos en que la convivencia de hecho era únicamente un fenómeno social emergente. *Vid.* cfr. M. MARTÍN CASALS, “Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”, *ADC*, 1995, p. 1728.

² H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *RCADI*, 1991, vol. 226, pp. 155-158.

³ STC de 23 de abril de 2013, BOE n. 123, 23 mayo 2013, FJ. 8. En el mismo sentido, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Las parejas no casadas* en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS, *Tratado de la familia*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 643-821, esp. p. 643; C. M. DE AGUIRRE ALDIZ, *Curso de Derecho civil. Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2008, p. 289.

⁴ J.D. PELAYO OLMEDO, “Leyes sobre parejas de hecho. Análisis comparado de la legislación existente en algunos países de la Unión Europea”, en C. LASARTE ÁLVAREZ *et al.* (coord.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, Publicación electrónica, Sevilla, 2004. También citado por B. CARRILLO CARRILLO, “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho Internacional Privado Español”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 385-451, p. 386.

⁵ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 19.

⁶ Sobre la influencia del fenómeno migratorio en las uniones de hecho, I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el derecho internacional privado español*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 54-60.

5. En estos casos, para poder determinar los efectos patrimoniales de la unión será preciso aplicar soluciones de Derecho internacional privado. Esta rama del Derecho servirá para determinar los tribunales competentes para conocer de un posible litigio sobre la cuestión, qué Ley regirá la misma y qué posibilidades de reconocimiento en otros Estados tendrá la decisión dictada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta la reciente aprobación y próxima aplicación del Reglamento europeo 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁷. Este instrumento, fruto de la cooperación reforzada, únicamente regulará los efectos patrimoniales de las parejas registradas. Este trabajo se tratará de dar respuesta desde el punto de vista del Derecho internacional privado español a la cuestión no resuelta por el Reglamento de los problemas patrimoniales de las parejas no registradas, que seguirá regida por el Derecho nacional de cada Estado miembro.

1. La diversidad de regulación en los Estados Miembros

6. La regulación sobre las parejas no casadas por parte de los Estados Miembros es tan diversa y “multiforme” como su configuración sociológica⁸. Esta diversidad se pone en primer lugar de manifiesto en la terminología utilizada: no todos los Estados utilizan el término “pareja de hecho”, sino que utilizan muchos otros. Además, el significado de estos términos también varía de país a país, de más amplio a más restrictivo en cuanto a las condiciones que han de cumplirse para considerarse como “pareja de hecho”.

7. Por lo que se refiere al panorama normativo, existen Estados Miembros en los que este tipo de uniones no se han regulado como institución jurídica y por lo tanto no producen efectos legales. Es el caso de Italia, Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia. Se ha de destacar que esta situación es perfectamente admisible desde el punto de vista del Derecho europeo y también de los Derechos fundamentales. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene ningún artículo que obligue a los Estados a establecer un estatuto legal para las parejas que no han contraído matrimonio⁹.

8. Otros ordenamientos han optado por regular algunos aspectos puntuales de las “parejas de hecho”, modificando preceptos concretos para dar cabida en los mismos a esta nueva realidad social. Este es el caso del Derecho civil común español, con preceptos como el art. 16.1.b) LAU, que prevé el derecho de subrogación de la pareja de hecho del arrendatario fallecido¹⁰.

9. Por último, muchos países han optado por dotar a las parejas de hecho de un estatuto jurídico particular y por lo tanto cuentan con una regulación jurídica completa de los efectos patrimoniales de estas parejas. Este es el caso, entre otros Estados, de Francia, Bélgica, Suecia, Dinamarca, Holanda, Finlandia, Alemania, Portugal, y ciertas Comunidades Autónomas españolas. Dentro de este grupo la regulación también es muy variada. En primer lugar, se ha de distinguir entre los países que reconocen legalmente efectos a la mera convivencia (modelo fáctico) y los que solamente reconocen efectos a aquellas uniones en las que las partes emiten una declaración de voluntad de convertirse en pareja de

⁷ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 30-56.

⁸ La preocupación por esta diversidad en la regulación ya se puso de manifiesto en el seno de la Unión Europea en la Conferencia de Ministros Europeos de Asuntos Familiares, Bruselas, 1987, así como en el Consejo de Europa, como puede verse en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 marzo 1988 sobre la validez de los contratos entre personas no casadas.

⁹ STEDH de 18 de diciembre de 1986, n. 1986/17. Ello no significa que las uniones de hecho no hayan de recibir cierta protección como “familia”, *vid.* STEDH de 4 de marzo de 1998 y STEDH de 13 de diciembre de 2007.

¹⁰ Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

hecho (modelo formal)¹¹. Dentro de éstos cobran especial interés los que han optado por regular únicamente las llamadas “parejas registradas” (*registered partnership*), es decir, aquellas que para constituirse han de acceder a un registro público¹².

10. Entre los que confieren efectos a la mera convivencia cabe destacar Portugal, que establece unos mínimos efectos desde el punto de vista patrimonial: protección de la vivienda familiar en caso de ruptura, derecho de habitación de cinco años en la vivienda familiar del miembro de la pareja superviviente si el miembro fallecido era propietario del inmueble, con algunas excepciones y derecho a subrogación en el arrendamiento¹³. En esta línea se sitúan también algunos Derechos autonómicos españoles, como el catalán¹⁴.

11. En cuanto a los Estados que han optado por un modelo formal de regulación, y en particular, los que han optado por reconocer exclusivamente a las uniones registradas, se pueden distinguir a su vez varios modelos:

12. En primer lugar, cabe citar el modelo nórdico, en que la institución solamente está abierta a las parejas entre personas del mismo sexo. En estos países las uniones registradas se consideran el equivalente al matrimonio para las personas del mismo sexo: reciben un tratamiento idéntico al del matrimonio en cuanto a formación, efectos y disolución¹⁵. Este modelo fue creado en Dinamarca y posteriormente fue adoptado por Suecia y Finlandia (además de otros Estados escandinavos no europeos, Islandia y Noruega)¹⁶. Sigue también un modelo similar Alemania, que a través de su *Lebenspartnerschaftsgesetz* establece para las parejas entre personas del mismo sexo una unión civil registrada muy similar al matrimonio tradicional, con efectos muy similares (existen únicamente diferencias en relación a la adopción)¹⁷.

13. Por otra parte, existe otro modelo regulatorio que abre la institución a las parejas tanto del mismo como de distinto sexo. Dentro de éste se pueden distinguir varios casos, desde Países Bajos, que las configura como una institución “cuasimatrimonial” a todos los efectos, con la única diferencia de la mayor facilidad para su disolución, hasta Bélgica o algunas Comunidades Autónomas españolas, que regulan la institución con un nivel “menor” de efectos que el matrimonio. A efectos patrimoniales, esto se traduce en que, en defecto de pacto, no suele reconocerse la posibilidad de una pensión compensatoria en el momento de la disolución ni la existencia de un régimen económico compartido para la pareja¹⁸.

14. Por otro lado se suele situar el modelo francés, que crea una institución que pretende situarse en el ámbito del Derecho contractual, y no tanto en el Derecho de familia como las anteriores. Esta institución, accesible tanto para parejas del mismo sexo como de distinto sexo es el “*pacte civil de solida-*

¹¹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.* p. 21.

¹² Esta distinción entre parejas registradas y no registradas resulta relevante pues es el criterio que ha utilizado el legislador europeo para determinar el ámbito de aplicación del Reglamento sobre régimen económico de las parejas de hecho, de forma que finalmente se ha ocupado únicamente de regular las uniones registradas ante una autoridad pública. *Vid.* considerando 16 del Proyecto de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DGD 2, n. 8118, p. 15, 30 mayo 2016.

¹³ *Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, de medidas de protecção das uniões de facto*, DR n. 109, 11 mayo 2001, pp. 2797 y ss.

¹⁴ Como se verá más adelante, la validez de estos regímenes autonómicos que extraen consecuencias jurídicas de la mera convivencia puede haber quedado comprometida por la STC n. 93/2003, de 23 de abril de 2013.

¹⁵ M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 241; B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 389; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶ Ver art. 1 de la Ley danesa n. 372 de 1 de junio de 1989, D/341-H-ML.

¹⁷ *Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266), das zuletzt durch Artikel 19 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist.*

¹⁸ En Bélgica, por ejemplo, únicamente se prevén disposiciones sobre la vivienda y el ajuar común y la responsabilidad solidaria de los miembros de la pareja de las deudas contraídas por su vida en común.

rité” o “PACS”¹⁹. Pese a esta diferencia “teórica”, lo cierto es que en la práctica su regulación se acerca mucho a la del grupo anterior²⁰. En defecto de pacto se reconocen a los “*pacsés*” una serie de derechos y deberes “menores” que los del matrimonio.

15. Por último se suele citar el modelo anglosajón, pues anteriormente se basaba únicamente en el reconocimiento jurisprudencial. Desde 2005 ha sido formalizado con la promulgación de la denominada *Civil Partnership Act*, asemejándose mucho a los modelos anteriores²¹.

16. Como puede observarse, las diferencias en la regulación son muy marcadas, pasando desde una equiparación prácticamente total de esta institución al matrimonio a un desconocimiento absoluto de la misma. A ello se suma que las parejas de hecho a las que se les reconoce efectos no son las mismas en todos los Estados, de forma que en algunos solamente se reconocen las uniones registradas, y en otros se conceden efectos a todo tipo de cohabitación fuera del matrimonio. Todo ello dificulta la administración o liquidación del patrimonio común de estas parejas cuando tienen contactos con más de un Estado Miembro.

2. Regulación jurídica en España

17. No existe en España una Ley a nivel estatal que regule las parejas de hecho. Sin embargo, las parejas de hecho no son una institución desconocida para el Derecho español. El Código Civil y algunas Leyes específicas reconocen a este tipo de uniones algunas consecuencias, por ejemplo, en relación a la emancipación de sus miembros, a la adopción, a la filiación de sus hijos, a la continuidad en el arrendamiento, a la legitimación activa para actuar en ciertos procedimientos judiciales, o en relación al concurso de acreedores²². Ninguna de estas disposiciones específicas se refiere al régimen económico o a los efectos patrimoniales que puedan derivar de estas uniones.

18. Por el contrario, todos los demás sistemas de Derecho civil vigentes en España sí han regulado las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, País Vasco y Galicia)²³. Otras Comunidades autónomas sin competencia en Derecho civil también cuentan con legislaciones respecto a parejas de hecho, pero las mismas, por mandato constitucional, solamente pueden regular aspectos de Derecho administrativo (inscripción en registro, pensiones, normas sobre función pública...), por lo que no se les considerará en este trabajo²⁴.

19. Todos los Derechos autonómicos españoles que regulan los aspectos civiles de las parejas de hecho se basan en dos ejes fundamentales, ambos trazados por la Constitución española, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional:

20. El primero de ellos es el de la libertad de acogimiento a los regímenes de parejas de hecho regulados por estos ordenamientos. Como indicó la decisiva STC de 23 de abril de 2013, esta posibilidad está íntimamente vinculada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)²⁵. La Sentencia, que declara inconstitucionales ciertos preceptos de la Ley navarra, establece que los integran-

¹⁹ Arts. 515-1 a 515-7-1 del Código Civil francés.

²⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *OP. CIT.*, p. 43.

²¹ M. MURILLO MUÑOZ, *OP. CIT.*, p. 259.

²² J. GARCÍA DEVESA, *UNIONES DE HECHO*, UNIVERSIDAD DE LA RIOJA, LOGROÑO, 2013, pp. 16-17.

²³ Respecto a Cataluña, arts. 234-1 a 234-14 del Código Civil de Cataluña; Aragón, arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; Navarra, Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2000; Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; País Vasco, Ley 2/2003 de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y Decreto 124/2004, de 22 de junio, que aprueba el Reglamento de Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad del País Vasco; Galicia, DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, modificada sustancialmente por la Ley 10/2007, de 28 de junio.

²⁴ Vid. STC de 1 de marzo de 2012, n. 28/2012.

²⁵ STC 93/2013, de 23 de abril, BOE, núm.123, 23 mayo 2013, FJ 8.

tes de la pareja han de realizar un acto expreso (como escritura pública o inscripción registral) para que puedan ser considerados pareja de hecho, sin que sea posible que se deduzca tal condición *ipso iure* de la mera convivencia o de la tenencia de hijos en común²⁶.

21. El segundo de ellos es que todas las normas promulgadas parten del principio constitucional de protección de la familia (art. 39 CE), que se extiende, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, más allá de la familia matrimonial²⁷. Esto supone que la regulación española tenga un carácter más de Derecho de familia que de Derecho contractual²⁸.

A) Concepto de pareja de hecho en Derecho español

22. Dada la diversidad de regulaciones, se ha de comenzar por distinguir el régimen de Derecho común de cada uno de los Derechos forales, pues cada uno cuenta con su propia definición de pareja de hecho²⁹.

23. En cuanto al Derecho civil común, ha sido preciso proporcionar una definición de pareja de hecho para determinar a qué supuestos se han de atribuir las consecuencias específicas previstas por el Código Civil o las distintas leyes para estas parejas. Ante la ausencia de una definición legislativa, ha sido el Tribunal Supremo el que se ha pronunciado sobre las características que ha de cumplir una unión para que la misma pueda considerarse como “pareja de hecho”. Así, según el Tribunal Supremo una “pareja de hecho” es la creada por la convivencia “*more uxorio*” de dos personas, con carácter diario, estable, con permanencia temporal consolidada, y además practicada de forma pública, de forma que se cree una comunidad de vida, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar³⁰. En este sentido, cuando se habla de pareja de hecho en Derecho civil común se está haciendo referencia a una realidad amplia basada en un modelo fáctico y no registral.

24. En cuanto a los Derechos forales, cada normativa cuenta con su propia definición de pareja de hecho. Por ejemplo, la Ley Navarra ha definido la pareja de hecho como “la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona” (art. 2.1). Para que se considere como tal se requiere la expresión de la voluntad de constituir una pareja estable en documento público (art. 2.2).

25. Como puede observarse, el concepto de pareja de hecho en España es un concepto amplio que puede englobar distintas realidades, que no tienen por qué acarrear las mismas consecuencias jurídicas. Pese a ello, la doctrina ha intentado proporcionar unas notas comunes a todas las definiciones legislativas españolas. Todas ellas comparten ciertas características con la unión matrimonial (convivencia, estabilidad, exclusividad de la relación) y se diferencian de ésta en otros aspectos (mayor informalidad en la disolución, mayor libertad de definición de derechos y obligaciones y menos efectos patrimoniales)³¹. El

²⁶ Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2000.

²⁷ Sobre los presupuestos constitucionales que condicionan la regulación de las parejas de hecho en España, B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 393; I. LÁZARO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 185; J.M. FONTANELLAS MORELL, “Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol”, en AA.VV, *Uniones de hecho*, Universitat de Lèrida, Lèrida, 1998, pp. 233-245, p. 239.

²⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 45, cfr. E. ROCA TRÍAS, “Same-sex partnerships in Spain: family, marriage or contract?”, *European Journal of Law Reform*, n. 3, 2001, pp. 365-382.

²⁹ En primer lugar se ha de señalar que la terminología utilizada por estas normas no es uniforme. Algunas hacen referencia a “pareja de hecho”, “pareja no casada”, “unión de hecho”, “pareja estable”... En este trabajo se utilizará el término “pareja de hecho” por ser el más genérico y extendido, sin que ello tenga ninguna connotación sobre su significado.

³⁰ STS de 18 de mayo de 1992, FJ. 4 y STS de 17 de junio de 2003, FJ. 2.

³¹ J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Vol. IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 286 y ss; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, esp. p. 643

Tribunal Constitucional también caracteriza a nivel estatal estas uniones basándose en su comparación con el matrimonio, atribuyéndoles como característica la “voluntad libremente configurada de quedar al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial”³².

B) Formación de la pareja

26. En cuanto al Derecho civil común, dado que no existe la pareja de hecho registrada, se ha de considerar que la pareja de hecho comenzará por la mera convivencia estable de sus miembros, por la creación de esa “comunidad de vida” que ha indicado el Tribunal Supremo³³. Ello no obsta para que las partes que así lo deseen puedan formalizar en un contrato privado o en escritura pública las normas o condiciones que regirán su relación o los efectos patrimoniales de la misma, pero ello no será necesario para que a nivel estatal se les reconozcan las consecuencias que la legislación estatal anuda a las parejas de hecho.

27. En cuanto a los ordenamientos autonómicos, la mayoría reconocen efectos jurídicos únicamente a las parejas registradas (Navarra, por ejemplo, no exige el registro sino como prueba de la existencia de la pareja, y que permite su creación simplemente por escritura pública)³⁴. Para la formación de estas parejas registradas se suele exigir el otorgamiento de un documento, generalmente escritura pública, y su inscripción en un registro administrativo de parejas de hecho. Algunas normas exigen además una declaración expresa de adhesión al contenido de la norma, como la Ley del País Vasco o la de Islas Baleares. También en estos casos, ello no impide que otras parejas prefieran celebrar contratos privados o escrituras públicas que no eleven al registro, mediante los que pueden regular sus relaciones patrimoniales (por ejemplo, pactando la creación de una sociedad civil de ganancias), si bien en ese caso no se le podrá reconocer a la pareja los efectos jurídicos establecidos por la norma autonómica.

C) Efectos patrimoniales

a) Derecho civil común

28. En cuanto al Derecho civil común, ante la ausencia de regulación legal, la respuesta a los problemas sobre el patrimonio de las parejas de hecho ha venido dada por los tribunales. Por lo que se refiere al “régimen económico” que rige la unión de hecho, la jurisprudencia ha establecido como primera norma la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja³⁵. Así, éstos pueden decidir cómo van a regular sus relaciones económicas, tanto en el momento de formación de la pareja como en uno posterior. Para ello, los miembros de la pareja pueden escoger uno de los regímenes previstos para el matrimonio (gananciales, participación o separación de bienes). Otra opción es pactar aspectos concretos, como quién se va a hacer cargo de los gastos comunes, o qué bienes son propiedad de cada miembro.

29. La autonomía de la voluntad también es la primera norma en relación a las previsiones para el caso de terminación. Pueden pactarse compensaciones para el miembro de la pareja que se ha dedicado al cuidado de los hijos o del hogar o a trabajar para la empresa del otro cónyuge con escasa o nula remuneración, o una pensión de alimentos para el que quede al cuidado de los hijos comunes³⁶.

30. En defecto de acuerdo entre las partes la regla general es la no aplicación analógica de las normas sobre el matrimonio, ni en lo que respecta a los regímenes económicos matrimoniales ni a los efectos de la disolución. Hoy en día, quien quiere dar a su unión un determinado estatuto, puede casar-

³² STC n. 93/2003, de 23 de abril de 2013, FJ. 2.

³³ STS de 18 de mayo de 1992, FJ. 4 y STS de 17 de junio de 2003, FJ. 2.

³⁴ Art. 2.3 Ley navarra sobre parejas estables.

³⁵ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Las uniones no matrimoniales”, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, (coord.), *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2008, pp. 285-295, esp. p. 293.

³⁶ Esta posibilidad ha sido admitida expresamente por el Tribunal Supremo en la STS de 12 de septiembre de 2005.

se, y disolver tal matrimonio con igual facilidad. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que más hoy que nunca no tiene sentido atribuir en Derecho civil común consecuencias patrimoniales a las uniones de hecho³⁷. Esta cuestión es más clara hoy en día en España debido a la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo y del divorcio unilateral³⁸.

31. En consecuencia, en defecto de previsión por las partes, se considerará que al constituirse la pareja no se ha creado entre ellos ningún régimen económico, y al disolverse la misma, que no ha lugar al reconocimiento de la pensión por desequilibrio del art. 97 CC³⁹. No obstante, ello no significa que se hayan ignorado los casos con resultados antijurídicos y manifiestamente injustos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo los ha solucionado a través de otros mecanismos de Derecho civil. De entre ellos, el más utilizado ha sido el enriquecimiento injusto⁴⁰. También se ha deducido en algunos casos del comportamiento de las partes la existencia de una comunidad romana⁴¹.

b) Derechos forales

32. En cuanto al Derecho foral, la regulación varía de territorio a territorio. Pese a ello, todos cuentan en primer lugar con la autonomía de la voluntad de los cónyuges. En defecto de pacto, las distintas normativas suelen contener preceptos relativos tanto a los efectos patrimoniales de la pareja durante su vigencia como a su disolución. La única excepción es Navarra, que tras la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que regulaban los efectos económicos (arts. 5 y 6 de la Ley), tiene como única norma la autonomía de la voluntad, sin que exista ningún régimen previsto en defecto de pacto para regir las relaciones patrimoniales ni durante ni a la extinción de la pareja⁴².

33. En cuanto a las normas relativas a los efectos patrimoniales durante la vigencia de la pareja, la mayoría de Leyes, inspiradas en la primera norma catalana, prevén un deber de prestar alimentos al otro miembro de la pareja con preferencia a cualquier otro obligado (por ejemplo, art. 6 Ley de Baleares y art. 313 CCAragón). También se suelen contener disposiciones relativas al levantamiento de las cargas familiares (art. 307.3 CCAragón), aunque hay normas, como la catalana en las que se deja exclusivamente a la autonomía de la voluntad de los cónyuges (art. 234-3.1 CCCat). En la mayoría de estas normas la responsabilidad por dichos gastos es solidaria, pero existen excepciones (art. 5.3 Ley Baleares). Las normas vasca y catalana han incluido también previsiones sobre la vivienda habitual (art. 234-3.2 CCCat y art. 6.1 Ley vasca).

34. En cuanto a las disposiciones sobre el patrimonio de la pareja en el momento de su disolución, existen dos tipos de normas, las que se refieren a la disolución *inter vivos* y los efectos *mortis causa*.

35. Respecto a las rupturas *inter vivos*, todas las normativas coinciden en reconocer dos tipos de derechos: una pensión temporal y una compensación económica⁴³. Ninguna de ellas es automática, sino

³⁷ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Las uniones no matrimoniales", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2008, pp. 285-295, esp. p. 290.

³⁸ Introducidos por las Leyes 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³⁹ Resulta particularmente ilustrativa de la postura del Tribunal Supremo la STS de 12 de septiembre de 2005, FJ 3: "Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio".

⁴⁰ STS de 11 de diciembre de 1992, STS de 17 de junio de 2003. Al respecto, J.V. GANDIVIA SÁNCHEZ, "Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho", *Diario La Ley*, n. 5791, 2003, pp. 1-10.

⁴¹ Por ejemplo, STS de 14 de mayo de 2004. En el caso, uno de los miembros de la pareja reclama que se declare su propiedad en exclusiva de un inmueble que compró con dinero propio a nombre de los dos. El TS estima que la vivienda fue adquirida en comunidad por los dos con intención consciente y libre, por lo que no se puede acceder a la pretensión del demandante. Otros casos más recientes han denegado la existencia de dicha comunidad: STS de 4 de febrero de 2010 y STS de 7 de febrero de 2011.

⁴² STC n. 93/2003, de 23 de abril de 2013, FJ. 8.

⁴³ J. GARCÍA DEVESA, *OP. CIT.*, p. 49.

que han de verificarse ciertos requisitos para su reconocimiento. En cuanto a la compensación, esta tiene un carácter indemnizatorio, de forma que se tiene en cuenta el enriquecimiento injusto y la diferencia entre patrimonios en el momento de la disolución (art. 234-9 CCCat)⁴⁴. En cuanto a la pensión temporal, no es equiparable a la pensión por desequilibrio del matrimonio, pues se concede por un plazo limitado (generalmente tres años desde la ruptura) y solamente en el caso de que la convivencia haya disminuido la posibilidad de generar ingresos de uno de los miembros o de que los hijos hayan quedado a su cargo (art. 234-10 CCCat)⁴⁵. Por último, algunas normativas prevén normas de atribución de la vivienda familiar al momento de la disolución (art. 234-8 CCCat y art. 83.2 CCAragón).

36. Respecto a las rupturas *mortis causa*, es frecuente el reconocimiento de derechos de compensación al otro integrante de la pareja, con carga al patrimonio del difunto, así como el derecho al ajuar de la vivienda (art. 231-30 CCCat). El Código Catalán también permite a la pareja adquirir bienes conjuntamente con “pacto de supervivencia” al modo de las *joint tenancy* propias del *common law*, de forma que cuando uno de ellos muera, el superviviente se convierte en el único titular del bien de forma automática (art. 231-15 CCCat)⁴⁶. El Código aragonés prevé también el derecho del supérstite a residir en la vivienda durante un año (art. 311 CCAragón). A ello hay que sumar los derechos sucesorios, que también se reconocen en muchas de estas normas al integrante de la pareja superviviente.

II. El patrimonio de las parejas no casadas en Derecho internacional privado español

37. Todas las diferencias regulativas expuestas, tanto a nivel internacional como a nivel interregional, hacen necesaria una normativa clara de Derecho internacional privado que sea capaz de proporcionar certeza sobre la gestión y liquidación de su patrimonio a las parejas de hecho que tengan contacto con más de un ordenamiento jurídico.

38. Como se ha indicado, actualmente existe un Reglamento europeo que regula la cuestión en relación a las uniones registradas⁴⁷. No obstante, dado que dicho Reglamento aún no se aplica, es la normativa de producción interna española la que se determina la competencia judicial internacional, la Ley aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones en esta materia. La misma se tendrá que seguir empleando durante el período que prevé el propio Reglamento para su plena aplicación, de 30 meses desde su entrada en vigor, esto es, hasta 29 de enero de 2019⁴⁸. Además, cuando se aplique el Reglamento, esta normativa de producción interna no quedará del todo inaplicada. La misma seguirá aplicándose para determinar toda cuestión relativa al régimen económico de las parejas de hecho no registradas y a otros aspectos patrimoniales distintos del régimen económico para todo tipo de parejas, registradas o no. La normativa interna también seguiría aplicándose al reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre el patrimonio de todo tipo de parejas de hecho que provengan de Estados no Miembros, y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre parejas de hecho no registradas que provengan de Estados Miembros. Por último, las mismas seguirán aplicándose para todo tipo de parejas en caso de conflicto exclusivamente interregional⁴⁹.

⁴⁴ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 809.

⁴⁵ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 812; J. GARCÍA DEVESA, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁶ J. GARCÍA DEVESA, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁷ Reglamento 1104/2016, *cit.* Al respecto, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “The proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships”, *YBPIL*, vol. 13, 2011, pp. 183-198.

⁴⁸ Art. 70 R. 1104/2016.

⁴⁹ Así lo dispone el art. 35 del Reglamento. En cambio, el Reglamento sí se aplicará en aquellos casos en que el Reglamento remita a la Ley de un Estado con varias unidades territoriales con Leyes sobre la materia, si dicho Estado no cuenta con normas internas de conflicto de leyes sobre la materia (art. 33 del Proyecto de Reglamento). Como se verá más adelante, este sería el caso español.

A) Cuestiones de competencia

39. El ordenamiento jurídico español carece de normas de competencia judicial internacional relativas a los efectos patrimoniales de las parejas no casadas. De hecho, no dispone de norma alguna sobre cualquier aspecto relativo a este tipo de parejas.

40. Ante esta laguna legal, es preciso realizar una integración, a través de la calificación de la acción ejercitada en alguna de las materias que recogen los foros de competencia judicial internacional contenidos en la LOPJ (arts. 22 a 22 *septies*). Para realizar tal calificación, es preciso distinguir entre: (i) las acciones relativas a los “efectos internos” de la relación, es decir, las que derivan de problemas surgidos entre las partes, como por ejemplo, la reclamación de declaración de propiedad privativa de un bien por parte de uno de los miembros de la pareja, o la solicitud de una pensión compensatoria al otro integrante en el momento de la disolución de la unión, y (ii) las relativas a los “efectos externos”, es decir, las que derivan de problemas suscitados con terceros, como por ejemplo, una reclamación a una pareja de hecho por el impago de los gastos de la comunidad de propietarios⁵⁰.

41. En cuanto a las reclamaciones internas, también se ha de distinguir entre las acciones relativas al régimen económico que puede haberse creado por la existencia de la pareja de hecho y sus consecuencias (declaración de propiedad de un bien en concreto, disolución del patrimonio común...), y otras acciones de contenido patrimonial no referidas a tal régimen económico (obligaciones de alimentos entre miembros de la pareja y pensión por desequilibrio a su disolución, alimentos a los hijos en común o destino de la vivienda y del ajuar común).

42. La jurisprudencia española ha aplicado los foros relativos al régimen económico matrimonial, recogidos en el actual art. 22 *quáter*, letra c) LOPJ (anterior art. 22.3 LOPJ) no sólo para el primer tipo de reclamaciones, sino también para las segundas, lo que resulta discutible⁵¹.

43. En cuanto a la aplicación de estas normas a las acciones sobre “régimen económico” de la unión de hecho, resulta discutible porque dicha aplicación se ha basado en una analogía entre las parejas de hecho y el matrimonio que no resulta coherente con la posición mantenida por el Tribunal Constitucional. Como ya se ha indicado, este Tribunal no equipara las parejas de hecho al matrimonio, y lo que es más, las distancia de éste, basándose en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, no parece lo más adecuado considerar a las parejas de hecho como matrimonio siquiera a efectos de determinar la competencia judicial internacional⁵².

44. Una opción que podría ser más adaptada a la realidad de las parejas de hecho es la de considerar que las mismas, en efecto, han de ser calificadas como relaciones “de familia”, pero que no pueden ser equiparadas al matrimonio. En este sentido, dentro del art. 22 *quáter* LOPJ habría que localizar otro precepto que regulara la competencia judicial internacional para otras cuestiones relacionadas con la familia. La solución podría estar en la propia letra c), pero no por equipararse las parejas de hecho al matrimonio, sino porque éste, tal y como parece indicar indirectamente la letra f), es el que engloba toda cuestión que tenga que ver con el “estado civil”, salvo la filiación⁵³.

⁵⁰ Esta distinción la utiliza también C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 147, en sede de Ley aplicable. Otra clasificación posible es la utilizada por A. DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004, p. 251, que distingue entre efectos sobre los bienes y efectos pecuniarios.

⁵¹ SAP Madrid de 20 de febrero de 2009, sobre la solicitud de una compensación por desequilibrio económico a un demandado con residencia en Méjico tras una convivencia como pareja de hecho.

⁵² Sobre la incidencia decisiva de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico español en la configuración de las normas del sistema de Derecho internacional privado, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El sistema español de Derecho internacional privado. Formación histórica y fuentes”, en PÉREZ VERA, E., *Derecho internacional privado, vol. I*, Colex, 2000, pp. 50-52, cit. por B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 394.

⁵³ Para ello habría que entender que el art. 1 de la Ley del Registro Civil no se refiere a un *numerus clausus*, sino a un *numerus apertus*, y que por estado civil se ha de entender “el conjunto de hechos y actos referidos a una persona, acaecidos en el

45. Otra opción sería la de considerar que las consecuencias económicas que puedan surgir de una pareja de hecho no tienen su base en la “familia”, sino que tienen naturaleza exclusivamente patrimonial, y que por lo tanto deberían sujetarse a los foros previstos para la materia contractual o extracontractual, en función de la existencia o ausencia de unas “capitulaciones” de la pareja (art. 22 *quinquies* LOPJ). Si bien esta opción traería consigo la interesante posibilidad de admitir la voluntad conflictual de las partes, no parece la opción más satisfactoria, e incluso se podría considerar como inconstitucional dado que en Derecho español, el ordenamiento conforme al que se ha de realizar la calificación, las uniones de hecho están incluidas sin duda en el concepto de familia del art. 39 CE⁵⁴.

46. En cuanto a la aplicación de las normas sobre régimen económico matrimonial a esas otras acciones que no están referidas a dicho régimen económico, sino a otros efectos patrimoniales, tampoco parece la opción más adecuada. Como consecuencia de la especialización de soluciones que caracteriza al Derecho internacional privado, estas cuestiones han de someterse a normas distintas y específicas. Sólo así se favorece la armonía de soluciones, la seguridad jurídica y se respetan los principios de especialidad e imperatividad de la norma de conflicto⁵⁵. En consecuencia, la competencia sobre cuestiones de alimentos o pensiones debidas, en su caso, al otro miembro de la pareja o a los hijos se ha de determinar conforme a los foros recogidos en el Reglamento sobre obligaciones de alimentos⁵⁶. En cuanto al destino de la vivienda y el ajuar familiar, si constituye una medida de protección de menores, el tribunal español tendría que aplicar el Reglamento 2201/2003 y en su defecto, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre protección de los niños⁵⁷. En los demás casos, si bien existen varias opiniones doctrinales, la más acertada parece la de considerar tales medidas como “alimentos” en el sentido europeo, y por lo tanto aplicar el mencionado Reglamento sobre obligaciones de alimentos para determinar la competencia⁵⁸.

47. Por lo que se refiere a las reclamaciones externas, la competencia dependerá de la materia a la que corresponda el tipo de acción a ejercitar, al igual que ocurre en el caso del matrimonio⁵⁹. Si por ejemplo, la pareja encargó un servicio, y posteriormente no efectuó el pago, a la acción de reclamación se le aplicará el Reglamento Bruselas I bis, y en concreto los foros previstos para la materia contractual. Si la acción ha sido correctamente ejercitada en cuanto a la legitimación pasiva, es decir, si se puede demandar a ambos miembros de la pareja de forma solidaria, o subsidiaria, o solamente a uno de ellos, será una cuestión a determinar por la Ley aplicable al fondo del asunto, cuestión que se estudiará en el apartado siguiente. Lo mismo ocurrirá cuando sea la pareja o uno de sus miembros el legitimado activamente. Por ejemplo, la acción del miembro superviviente para subrogarse en el contrato de arrendamiento será calificada como materia contractual, y una acción de daños y perjuicios por fallecimiento del compañero fallecido, como extracontractual.

B) Ley aplicable

El Derecho internacional privado español tampoco cuenta con una norma legal específica que designe la Ley aplicable a los distintos aspectos de las “parejas no casadas” en los supuestos internacio-

transcurso de su existencia, mutables y de carácter temporal, que delimitan su condición así como el ejercicio de derechos y deberes en un momento determinado”. Cfr. E. RODRÍGUEZ GAYAN, *Derecho registral civil internacional*, Eurlex, Madrid, 1995, p. 31.

⁵⁴ STC n. 93/2003, de 23 de abril de 2013.

⁵⁵ En relación a la Ley aplicable, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 147; B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 407 y p. 445.

⁵⁶ Reglamento (CE) n. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L 7, 10 enero 2009, pp. 1 y ss. Ésta es también la calificación que estas acciones deberían recibir en el contexto de la disolución del matrimonio, aunque la jurisprudencia española las califica también en ocasiones como relativas al régimen económico matrimonial. Muy correcto en este sentido, si bien anterior a la entrada en vigor del Reglamento, es el AAP Barcelona de 25 de julio de 2011, sobre los efectos de un divorcio entre dos cónyuges españoles con residencia habitual en Bolivia.

⁵⁷ Reglamento (CE) n. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss.

⁵⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 495.

⁵⁹ Cfr. D. MARTINY, “Internationales Privatrecht”, en R. Haussman, / G. Hohloch, *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Berlin, 1999, pp. 561-585, esp. p. 582-583.

nales, incluido su patrimonio. Ante la laguna, se debería calificar la relación jurídica para incluirla en la norma de conflicto que corresponda a su naturaleza. Sin embargo, los tribunales españoles olvidan con frecuencia las implicaciones internacionales del supuesto y aplican directamente la Ley sustantiva española⁶⁰. Esta ha sido también la postura del Tribunal Supremo⁶¹.

a) Ley aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas no casadas

49. Ante el silencio de la Ley y de la jurisprudencia, es necesario buscar una solución doctrinal que resuelva satisfactoriamente la cuestión de la calificación de las relaciones patrimoniales de la pareja de hecho en Derecho internacional privado español. De nuevo, se ha de distinguir entre los litigios relacionados con los efectos internos de la relación (entre sus miembros) y sus relaciones con terceros.

50. Por lo que se refiere a los efectos patrimoniales internos, de nuevo se ha de realizar una distinción entre las cuestiones estrictamente relativas al régimen económico de la unión y las relativas a otros aspectos patrimoniales, pues estas segundas, al igual que en sede de competencia, han de recibir un tratamiento autónomo.

51. En cuanto al régimen económico de las uniones de hecho, la doctrina se encuentra muy dividida: por un lado, hay autores que se inclinan por aplicar analógicamente las normas que regulan los efectos del matrimonio (lo que en España se traduciría en los arts. 9.2 y 9.3 CC)⁶²; otros autores optan por aplicar la norma de conflicto relativa a los derechos y deberes familiares (en Derecho español, art. 9.1 CC) por considerar que las parejas de hecho son “relaciones de familia” pero que no pueden equipararse al matrimonio⁶³; y otros indican que se han de aplicar las normas sobre responsabilidad contractual (Reglamento Roma I o art. 10.5 CC⁶⁴), pues estas parejas se fundan en un acuerdo *inter partes*⁶⁵.

52. Pero ninguna de estas soluciones resulta satisfactoria. Estas relaciones patrimoniales no pueden considerarse como un simple contrato, aunque puedan nacer de lo dispuesto por la autonomía de la voluntad de las partes, pues están íntimamente relacionadas con la esfera familiar de sus miembros. Como indica H. GAUDEMET TALLON, donde hay unión de hecho, hay familia, aunque no haya matrimonio⁶⁶. Tampoco pueden equipararse a los efectos económicos de un matrimonio, como ya se ha indicado en sede de competencia judicial internacional, algo que podría calificarse incluso de inconstitucional, por dos razones. En primer lugar, porque el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y dotada de una “superprotección” (arts. 32 y 53.1 CE), mientras que las parejas de hecho no se benefician de ese trato, sino que se encuadran en la protección general que se otorga a todos los tipos de familia (art. 39 CE)⁶⁷. En segundo lugar, porque tal equiparación podría ir en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la pareja, que no ha querido contraer matrimonio (art. 10.1 CE)⁶⁸.

⁶⁰ SAP Barcelona de 3 de noviembre 2004.

⁶¹ STS 4 julio 2007, n. 797/2007, sobre la existencia de una comunidad de bienes tras la convivencia *more uxorio* en Ibiza entre alemán y española.

⁶² Entre otros, L. BARNICH, “Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé”, en AA.VV., *Mélanges De Valkeneer*, Bruselas, 2000, p. 10; M. MIGNOT, “Le partenariat enregistré en droit international privé”, *RIDC*, n. 3, 2001, pp. 601-653, p. 635; P.-Y. GAUTIER, “Les couples internationaux de concubins”, *RCDIP*, 1991-1993, p. 530.

⁶³ J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 276.

⁶⁴ El Reglamento Roma I podría considerarse inaplicable por excluir de su ámbito material “las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos” (art. 1.2.b RR-I).

⁶⁵ M. REVILLARD, “Le pacte civil de solidarité en droit international privé”, *Defrenois*, n. 6, 2000, pp. 337-351, p. 340.

⁶⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, pp. 167-171.

⁶⁷ S., SÁNCHEZ LORENZO, “Las parejas no casadas ante el DIPr.”, *REDI*, 1989, pp. 487-531, p. 502.

⁶⁸ Una vez que la convivencia extramatrimonial se ha “institucionalizado” en el ordenamiento español a través de algunos Derechos autonómicos la denominada “teoría fáctica” también ha de descartarse. Esta teoría, defendida por la doctrina española en los años ochenta, no reconocía a la pareja de hecho como institución jurídica merecedora de una solución conflictual, sino que proponía una desmembración casuística de los supuestos de hecho a que diera lugar la misma. *Vid.* B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 408.

53. En cuanto a la aplicación del art. 9.1 CC, quizá se presenta como la más correcta desde un punto de vista teórico y por ello debería ser la aplicada por los tribunales, pues ésta es la norma general a la que acudir para determinar la Ley aplicable a las materias que forman parte del estatuto personal y la familia⁶⁹. No obstante, la misma suscita importantes problemas prácticos, que deberían ser solucionados jurisprudencialmente:

54. El primer problema surge porque el art. 9.1 CC establece como punto de conexión la Ley nacional de cada persona, y no un punto de conexión común a la pareja. Así, por ejemplo, resultaría muy difícil determinar la Ley nacional de qué miembro de la pareja debería regir la propiedad de un inmueble que *a priori* aparece inscrito a nombre de ambos. Para salvar este problema, los tribunales deberían interpretar el punto de conexión del art. 9.1 CC como la “Ley nacional común de los sujetos”, tal y como ha hecho cierta jurisprudencia y sugiere la doctrina⁷⁰.

55. El segundo problema sería la inexistencia de un punto de conexión subsidiario, para los casos en que no existiera una Ley nacional común. Ante esta laguna los tribunales podrían acudir al criterio de la “vinculación más estrecha”⁷¹. Esto llevaría en la mayoría de los casos a que el supuesto se rigiera por la “Ley de la residencia habitual común” de los sujetos. En defecto de residencia común, habría que estar a las conexiones de cada caso.

56. Pese a estos ajustes, esta opción no proporciona una solución justa para las parejas registradas, pues puede llevar en ocasiones a que sean designados ordenamientos que no regulen la institución y que por lo tanto no reconozcan ningún efecto patrimonial a uniones válidamente constituidas en otro Estado⁷². Este problema, que se solucionará una vez entre en vigor el mencionado Reglamento sobre régimen económico de las uniones registradas, se ha de solucionar también en el plano interno, pues como se ha comentado anteriormente, han de pasar 30 meses desde la entrada en vigor para su plena aplicación. En ese período de tiempo las parejas registradas seguirán acudiendo a los tribunales y es preciso proporcionarles una respuesta conforme a la tutela judicial efectiva.

57. Por ello, podría ser una buena solución crear una norma *ad hoc* en relación al régimen económico de las parejas registradas⁷³. Dicha norma debería seguir la tendencia marcada por los países de la Unión Europea que cuentan con una norma específica de Ley aplicable sobre la materia⁷⁴: la aplicación de la Ley del país en cuyos registros públicos específicos se ha inscrito por primera vez dicha “unión no matrimonial” (*lex auctoritatis*). Esta es la Ley con arreglo a la cual se ha constituido y registrado la pareja de hecho y por lo tanto la que más podría corresponder a las expectativas de las partes. Además, es la única Ley que asegura que dichas uniones tengan una regulación en el Derecho designado por la norma de conflicto. La doctrina ha sugerido también que dicha norma cuente como primer punto de conexión con la autonomía de la voluntad conflictual de los miembros de la unión, quedando la *lex auctoritatis* como punto de conexión subsidiario⁷⁵. Otra opción a la creación de esta norma sería la aplicación temporal a estas parejas de la norma prevista en el propio Reglamento, que se estudiará más adelante.

58. En cuanto a los demás efectos patrimoniales derivados de la unión de hecho, como las obligaciones de alimentos y pensiones debidas al otro miembro de la pareja o a los hijos en común, o el destino de la vivienda o el ajuar una vez disuelta la unión, se han de regir en todo caso, exista norma específica o

⁶⁹ B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 411.

⁷⁰ SAP Girona de 2 de octubre de 2002; J.M. ESPINAR VICENTE, *op. cit.*, p. 276.

⁷¹ A favor del criterio de la vinculación más estrecha se muestra B. CARRILLO CARRILLO, *op. cit.*, p. 444.

⁷² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 168; A. DEVERS, *op. cit.*, p. 257.

⁷³ A. DEVERS, *op. cit.*, pp. 168-206, p. 252, p. 276; G. KHAIRALLAH, “Les ‘partenariats organisés’ en droit international privé”, *RCDIP*, 2000, pp. 317-330, p. 329.

⁷⁴ Se sigue en DIPr. alemán (art. 17.b.1 EGBG), en DIPr. belga (art. 60 Código DIPr. 2004) y en Dipr. francés (*Loi* 2007-5236 de 12 mayo 2009). En Dipr. holandés se sigue el mismo punto de conexión pero se permite en primer lugar la elección de Ley (arts. 10:70 a 10:85 BW).

⁷⁵ A. DEVERS, *op. cit.*, pp. 263-272.

no para las parejas registradas, por sus propias normas, del mismo modo que se ha defendido en sede de competencia judicial internacional. Así, la Ley aplicable a los alimentos o pensiones para el otro miembro o los hijos en común deberá determinarse con arreglo a las normas de conflicto del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. En cuanto al uso y disfrute de la vivienda o del ajuar familiar, si se trata de una medida de protección de menores será aplicable la Ley determinada por el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre protección de los niños. En el caso de que no haya menores implicados, la opción más acertada parece ser la aplicación de la norma de conflicto sobre alimentos, por coherencia con la solución propuesta en sede de competencia.

59. En cuanto a los efectos externos (relaciones con terceros), como por ejemplo el ejercicio del derecho del miembro superviviente a la subrogación en el contrato de alquiler, o cuestiones sucesorias, éstos deben regirse por la Ley aplicable designada por la correspondiente norma de Derecho internacional privado. Así por ejemplo, para saber si el conviviente supérstite tiene derechos sucesorios o no los tiene, se aplicará el Reglamento sucesorio europeo.

b) La cuestión previa de la existencia de la pareja

60. Cuando el tribunal competente se enfrente a un problema de índole patrimonial relacionado con una pareja de hecho se encontrará primero con que ha de decidir una cuestión previa: el tribunal tendrá que determinar, en primer lugar, si tal pareja se formó válidamente⁷⁶. Para ello, existen dos métodos posibles:

61. a) *La regla general: el método de la Ley aplicable.* Es la forma tradicional en que en Derecho internacional privado español se resuelven las cuestiones previas⁷⁷. Si bien este problema de aplicación no tiene una respuesta explícita en Derecho español, la posición mayoritaria es la de que ha de solucionarse a través de la teoría de la conexión independiente. Ello supone considerar que se ha de resolver en primer lugar la cuestión previa conforme a la Ley que determine la norma de conflicto prevista para esta cuestión en Derecho internacional privado español (para la formación de las parejas de hecho), y en segundo lugar la cuestión principal conforme a la Ley que señale la norma de conflicto española para esta cuestión (para los efectos económicos de estas parejas)⁷⁸.

62. Sin embargo, tampoco existe una norma de conflicto en Derecho español sobre la formación de las parejas de hecho. Por ello, la solución podría venir de aplicar la distinción anteriormente expuesta también a la cuestión previa: si la unión es registrada, será la Ley del Estado en que se registró por primera vez la pareja de hecho la que regirá no solamente sus efectos patrimoniales, sino también la cuestión previa de su existencia. Si la unión es meramente *de facto*, la Ley aplicable a la formación de la pareja será la Ley nacional común de sus integrantes y en su defecto, la norma con la que la unión presente los vínculos más estrechos⁷⁹. Esta opción de someter la totalidad de la formación de la unión a una misma Ley ha sido la mantenida por Holanda, Alemania y por los países nórdicos (ver por ejemplo art. 11 Ley finlandesa)⁸⁰.

63. Otra posibilidad es la de someter la formación de las uniones registradas, en paralelismo a la celebración del matrimonio, a distintas normas para el consentimiento, la capacidad y la forma, de

⁷⁶ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁷ Cfr. L. PALSSON, "Marriage and divorce", *International encyclopaedia of comparative law*, Brill, Tubinga, 1978, cap. 16, p. 22.

⁷⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, Volumen I*, p. 425.

⁷⁹ Como ha indicado la doctrina española más reciente, resulta preciso distinguir entre la Ley aplicable a la formación de las parejas de hecho registradas y las no registradas, pues las primeras reciben una configuración legal autónoma. *Vid.* B. CARRILLO CARRILLO, "LEY APLICABLE A LAS PAREJAS DE HECHO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL", en A.-L. CALVO CARAVACA / J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 385-451; J.M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.*, pp. 233-245.

⁸⁰ Cfr. M. BOGDAN, "IPR Aspekte der schwedischen Eingetragenen Partnerschaft für Homosexuelle", *IPrax*, 1995, pp. 56-57.

forma similar a como se realiza, en teoría, en Francia⁸¹. En cuanto a la capacidad y el consentimiento, se regirían por el art. 9.1 CC, en sus incisos relativos a la capacidad y al estado civil. La forma se regiría por el art. 11 CC⁸².

64. b) El caso de la pareja de hecho registrada en el extranjero: el método del reconocimiento. El método del reconocimiento es una técnica jurídica basada en la especial forma en que se crean algunas situaciones jurídicas, dentro de las que se podrían incluir las parejas de hecho registradas. Estas parejas se constituyen mediante la intervención de autoridades públicas de un Estado que no son tribunales o jueces. El tratamiento legal de estas situaciones ya existentes y válidas en un Estado se ha sometido tradicionalmente a las normas de conflicto de Leyes, pero esa postura no tiene en cuenta que dichas situaciones “existen” con arreglo al Derecho del Estado cuya autoridad ha intervenido en su constitución. En consecuencia, la válida existencia de una pareja de hecho registrada en un país extranjero no debería ser sometida a un tratamiento “conflictual”, sino que han de ser consideradas como “decisiones” y ser reconocidas como tales. En consecuencia, la pareja de hecho creada por una autoridad de un Estado y considerada como existente y válida en dicho Estado debería ser considerada también como existente y válida en España, con el único límite del orden público español⁸³.

65. Esta postura ha sido la adoptada por los legisladores holandés y finés⁸⁴. En Alemania, el art. 17.b.4 EGBGB llega a la misma solución. Este método del reconocimiento ha sido el adoptado por la CIEC en su Convenio internacional relativo al reconocimiento de parejas registradas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007, que no se halla en vigor para España, pero cuya ratificación por nuestro país podría ser muy cercana⁸⁵.

66. La diferencia con el método conflictual es la siguiente: el tribunal que se enfrenta a la cuestión previa de si una pareja de hecho registrada en el extranjero ha sido válidamente creada únicamente tendría que observar si el reconocimiento de dicha pareja es contrario a su orden público internacional (por ejemplo, por tratarse de una unión de tres miembros, o de una unión entre familiares directos), y en caso contrario, considerarla como válidamente constituida, sin entrar a determinar cuál sería la Ley aplicable a su formación y si se constituyó válidamente conforme a dicha Ley.

c) Incidencia de las normas autonómicas

67. Cuando la norma de conflicto española, tal y como ha sido expuesta, señale a la Ley española como la Ley rectora del patrimonio de la pareja de hecho, será preciso determinar si se aplica alguna de las normativas forales expuestas o el Derecho civil común. El problema se produce porque la mayoría de estas Leyes autonómicas contienen normas que delimitan de forma unilateral su ámbito de aplicación⁸⁶. Así por ejemplo, la Ley de Baleares determina que para que las parejas puedan acogerse a esta Ley al menos una de ellas ha de tener la vecindad civil balear (art. 2.2)⁸⁷.

68. Sobre la validez de estas disposiciones autonómicas que determinan de forma unilateral su ámbito de aplicación se dudaba sobre su constitucionalidad, pues la competencia para dictar normas

⁸¹ Y se dice en teoría porque en la práctica no se exige que la capacidad de los miembros se ajuste a su Ley nacional si ésta no prevé o prohíbe la institución de los PACS. *Vid.*, cfr. M. REVILLARD, *op. cit.*, p. 343 y M. MIGNOT, *op. cit.*, pp. 601-653.

⁸² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 112.

⁸³ *Ibid.*, p. 122; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, Volumen I*, p. 655.

⁸⁴ Art. 17 *Staatscomissie* holandesa; art. 12 Ley finlandesa 2001.

⁸⁵ Texto del Convenio disponible en: <http://www.ciecl.org>.

⁸⁶ M.P. GARCÍA RUBIO, “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, n. 10, 2006, pp. 113-138, esp. p. 121; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “El ámbito de aplicación de las leyes sobre parejas o uniones estables de hecho” en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Publicaciones UM, Murcia, 2004, pp. 597-610, p. 606.

⁸⁷ El mismo criterio seguían la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio de uniones estables de parejas, hoy derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, se declaraba aplicable siempre que uno de los convivientes tuviera vecindad civil catalana (arts. 1.1 y 19.2) y la Ley navarra (Ley Foral 7/2000 de 3 julio: art. 2).

sobre conflicto de leyes está reservada al Estado español⁸⁸. La jurisprudencia española adoptó dos posturas contradictorias, una que optaba por la inconstitucionalidad de las normas autonómicas por considerarlas normas de conflicto de leyes⁸⁹, y otra que las consideraba perfectamente aplicables, por considerarlas normas de delimitación interior, encargadas de fijar el ámbito de aplicación de las Leyes autonómicas sobre parejas de hecho a ciertos casos, pero exclusivamente después de que la determinación de la Ley aplicable al supuesto internacional o interregional ha sido resuelta por el Derecho internacional privado estatal⁹⁰.

69. Esta dualidad de posturas ha de considerarse superada por la STC 23 abril 2013, que optó por la primera de ellas y declaró inconstitucional el precepto incluido en la Ley navarra (art. 2.3 LN)⁹¹. Esta postura parte de considerar que estas normas resuelven en el fondo conflicto de leyes, aunque no lo hagan mediante las tradicionales “normas de conflicto”, sino a través de normas unilaterales o “de extensión”. Dado que el Estado tiene competencia exclusiva para resolver los conflictos de leyes (art. 149.1.8 CE), se ha de considerar que estas normas autonómicas son inconstitucionales y por lo tanto nulas de pleno derecho. Al igual que el de la Ley navarra, y sin necesidad de que exista un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre las demás leyes autonómicas, los preceptos que se refieren al ámbito de aplicación territorial de las mismas han de considerarse nulos de pleno de derecho por contravenir la Constitución, y por lo tanto no podrán aplicarse.

70. En consecuencia, cuando la norma de conflicto española señale a la Ley española como la aplicable para resolver un caso relativo al patrimonio de una pareja de hecho, habrá que aplicar las normas sobre conflictos interregionales contenidas en el Código Civil para poder determinar qué Ley de parejas de hecho dentro de las vigentes en España es la que corresponde aplicar. Ello supondrá aplicar la norma de conflicto utilizada para resolver el conflicto de leyes internacional pero teniendo en cuenta las particularidades impuestas por el art. 16 CC. El resultado final dependerá de la calificación que se haya dado al régimen económico de las parejas de hecho. Si se sigue la tesis propuesta por A. DEVERS, SE ESTARÁ A LO DISPUESTO POR EL ART. 16.1 CC.

C) Reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas al patrimonio de parejas no casadas

71. El reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales y notariales relativas al patrimonio de las parejas no casadas no presenta ninguna particularidad especial, sino que se encontrará sujeto a la normativa dispuesta al efecto por la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional, arts. 41-61⁹².

⁸⁸ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil”, en AA.VV., *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, RSBAP, Bilbao, 199, pp. 47-48.

⁸⁹ Esta es la postura que siguió la SAP Gerona de 2 de octubre de 2002, que consideró que no podía aplicar la norma contenida en la Ley catalana.

⁹⁰ SAP Navarra de 12 de junio de 2002. En esta sentencia se aborda el caso de una presunta “pareja de hecho” formada por una ciudadana soriana y un ciudadano navarro, ambos con residencia habitual en Soria. Conforme a esta postura, la Ley aplicable a la cuestión de saber si existe “pareja de hecho” debe determinarse a través de la aplicación de la norma de conflicto estatal: si dicha norma hubiera conducido a la Ley navarra, ésta hubiera sido de aplicación al supuesto al estar implicado un ciudadano de vecindad civil navarra. Como no fue así, porque la norma de conflicto estatal conducía, según el juzgador, al Derecho civil común, la Ley navarra no era aplicable al caso. N. GOÑI URRIZA, “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 375-384; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 143 – 146.

⁹¹ Ver STS de 23 de abril de 2012, FJ 6: “En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir ésta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”. Determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos”. Otros casos en los que se ha declarado inconstitucional una norma autonómica de conflicto de leyes pueden verse en STC de 6 de mayo de 1993, FJ 3 y STC de 8 de julio de 1993, FJ 6.

⁹² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015, pp. 65.906 y ss.

III. Consideraciones finales

72. *Primera.* La diferencia entre los ordenamientos nacionales dentro de la Unión Europea en relación a las parejas de hecho supone un obstáculo a la libre circulación de los miembros de tales parejas y dificulta la gestión y liquidación de las relaciones patrimoniales derivadas de tal unión.

73. *Segunda.* Dichos obstáculos se han intentado paliar, en parte, con el Reglamento 1104/2016, sobre los efectos patrimoniales de las parejas registradas. Dicho proyecto es muy ambicioso, pues pretende regular tanto la competencia judicial internacional, como la Ley aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones en esta materia. Pese a ello, deja sin regular muchas cuestiones que siguen en manos del Derecho internacional privado de los Estados Miembros. De forma destacada, queda fuera de su ámbito de aplicación toda cuestión relativa al régimen económico de una pareja de hecho no registrada. Por ello, el tratamiento que el Derecho internacional privado español proporciona a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho sigue siendo relevante.

74. *Tercera.* Si bien hay cuestiones relativas a dichos efectos que pueden calificarse fácilmente a través de normas especiales (alimentos, uso de la vivienda familiar, sucesiones, subrogación en el contrato de arrendamiento, y otras relaciones con terceros) hay otras, las propiamente referidas al régimen económico que pueda crearse entre los miembros de la pareja, respecto a las que existe una evidente laguna en el sistema español de Derecho internacional privado.

75. *Cuarta.* Ante dicha laguna, se ha propuesto, tanto para competencia judicial internacional como para Ley aplicable, la calificación del régimen económico de la pareja de hecho como un efecto de una institución de “derecho de familia”, pero que ha de diferenciarse del matrimonio. Esta es la única solución más acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera la equiparación al matrimonio como una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero que incluye estas relaciones en la protección de la familia del art. 39 CE.

76. *Quinta.* En cualquier caso, la situación normativa actual no es satisfactoria. El legislador español no debería “desentenderse” como ha hecho hasta el momento, sino reaccionar estableciendo una norma tanto de competencia judicial internacional como de Ley aplicable para regular el régimen económico de estas parejas. Esto ayudaría a proporcionar seguridad jurídica no solamente a los casos internacionales, sino también a los interregionales, en los que las parejas de hecho cuentan con su propia normativa. El legislador de Derecho internacional privado de Derecho español no puede ser el legislador de Derecho internacional privado del Derecho civil común, sino que ha de ser el legislador de Derecho internacional privado de todos los Derechos civiles españoles por el mandato que al respecto ha recibido de la Constitución (art. 149.1.8 CE).

LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ (LA MUDAWANA) QUE REGULAN EL DIVORCIO EN ESPAÑA: EL FILTRO CONSTITUCIONAL*

THE RULES' APPLICATION OF THE MOROCCAN FAMILY CODE (MUDAWANA) REGULATING ABOUT THE DIVORCE IN SPAIN: THE CONSTITUTIONAL FILTER

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0001-8221-9222

Recibido: 24.10.2017 / Aceptado: 10.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4119>

Resumen: En este trabajo se analiza las normas del Código de Familia de Marruecos que regulan la disolución del matrimonio y sus efectos, desde la óptica del orden público español. La finalidad es establecer su aplicabilidad por los Tribunales españoles para atender las demandas que en este sentido se formulan por los inmigrantes marroquíes que residen en nuestro país. Para ello se parte de un concepto estricto de orden público y del respeto a la multiculturalidad como factor de integración en las sociedades europeas. El estudio se completa con un examen crítico de las resoluciones judiciales dictadas en este sentido.

Palabras clave: repudio, divorcio, orden público, discriminación, dote, alimentos, pensión compensatoria.

Abstract: This paper analyzes the rules of the Moroccan Family Code that regulate the dissolution of marriage and its effects, from the point of view of Spanish public order. The purpose is to establish its applicability by the Spanish Courts to meet the demands made in this regard by the Moroccan immigrants residing in our country. This is based on a strict concept of public order and respect for multiculturalism as a factor of integration in European societies. The study is supplemented by a critical examination of the cases law issued in this sense.

Keywords: repudiation, divorce, public order, discrimination, dowry, alimony, spousal support.

Sumario: I. Introducción. II. La disolución del matrimonio en Marruecos y sus efectos. 1. Las distintas formas de romper un matrimonio en Marruecos. 2. Los efectos de la ruptura matrimonial. III. La aplicación de la Mudawana por los Tribunales españoles. 1. La eficacia en España de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales marroquíes en España. 2. El Código de familia marroquí como fundamento de resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales españoles. A) Criterios para fijar la ley aplicable. B) La prueba del Derecho marroquí. C) Las distintas modalidades de ruptura y el Derecho español. D) Las consecuencias de la ruptura y el Derecho español. IV. Reflexión final.

* Este trabajo se realiza dentro del proyecto de Investigación de Excelencia, Plan Nacional I+D del MINECO, referencia, DER2016-74971-P, titulado "Jurisprudencia y Doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral".

I. Introducción

1. La población de inmigrantes marroquíes residentes en España, a 1 de enero 2017, ascendió a 667.189 personas, ocupando Marruecos el segundo lugar, tras Rumanía, de la lista de países que más nacionales cruzan las fronteras para venir a vivir a nuestro país¹. Su ordenamiento jurídico, sobre todo en los que atañe a la regulación de las relaciones familiares, es muy diferente al nuestro y al de los países miembros de la Unión Europea. El hecho de que Marruecos sea un estado confesional², y que la *Sharia* se caracterice por contener auténticas normas jurídicas en materia de familia, son los culpables de que el Código de familia marroquí deba ser fiel a la tradición³, adecuándose en su articulado a las prescripciones de la religión islámica en esta materia.

2. La disparidad y, en muchos casos, contradicción entre ambas normativas dificulta que esta pueda aplicarse en España, bien de manera directa invocada por las partes como ley personal, bien al solicitarse el reconocimiento de efectos a sentencias sobre crisis matrimonial dictadas en Marruecos.

3. En el presente trabajo se reflexionará sobre los escollos que existen en nuestro Derecho para reconocer efectos a los preceptos del Código de familia marroquí dedicados a la ruptura del vínculo matrimonial y sus consecuencias, así como cuando es deseable (y posible) salvarlos; pues, a veces, negarles eficacia es más perjudicial que reconocerla. De ahí que invitemos al lector a desprenderse de su mirada de “occidental” y que procure ubicarse en una cultura bien diferente, para, desde ella, poder flexibilizar razonamientos y construir argumentos que faciliten la búsqueda de una solución satisfactoria y justa al conflicto. Ya que, como descubriremos, es posible que instituciones discriminatorias que, de entrada, nos resulten rechazables, ofrezcan respuestas equitativas, que, de ignorarse, situaría a una de las partes en una situación vulnerable.

4. En verdad esta no es la primera vez que estudio el Derecho de familia marroquí, pero sí es la primera en la que profundizo sobre los obstáculos que existen (o pudieran existir) en su aplicación a los inmigrantes residentes en España. Para ello partiré de los trabajos previos, actualizados con la doctrina más moderna, para recabar en un análisis jurisprudencial crítico sobre la aplicación (o no aplicación) de la *Mudawana* por nuestros Tribunales.

II. La disolución del matrimonio en Marruecos y sus efectos⁴

5. Ante la imposibilidad por parte del legislador (pues sus postulados deben sustentarse y no contradecir la *sharia*) de llevar a cabo una regulación moderna y lógica de los procedimientos en los que se sustancian las crisis matrimoniales, la *Mudawana* contiene una prolija y farragosa regulación de los diferentes tipos de ruptura, algunos con consecuencias jurídicas propias. El resultado puede ser calificado, a nuestro juicio, como caótico, amén de dificultar la comprensión de las instituciones y sus efectos. Hemos de partir, pues, de que lo más importante no es la institución en sí misma considerada, sino los efectos que el Derecho de familia marroquí le reconoce, así como los controles a los que estos

¹ Los datos se han tomado del Instituto Nacional de Estadísticas, datos provisionales publicados el 30 junio 2017 y pueden consultarse en http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf.

² Artículo 6 de la Constitución de Marruecos: “El Islam es la religión del Estado que garantiza a todos, el libre ejercicio de los cultos.” Sobre la influencia del factor religioso en las Constituciones de los países del Magreb vid. T. LE ROY, “Le constitutionnalisme: quelle réalité dans les pays du Maghreb”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, nº 79, pp. 543-556.

³ P. MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, *Lo permanente en el Derecho musulmán y las tendencias modernas en el Islam*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1968, p. 6.

⁴ La redacción de este epígrafe se ha realizado partiendo de la exposición y conclusiones contenidas en mi obra en coautoría con la profesora ZURITA MARTÍN titulada *El Derecho de Familia marroquí: la Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 57 a 75 y 101 a 113; a ellas me remito a mayor abundamiento sobre el tema, así como a las citas bibliográficas que, por razones de espacio, no he incluido en este trabajo.

procedimientos quedan sometidos, pues ello marcará su operatividad en la práctica. Y, sobre todo, su viabilidad o su modernidad.

6. Procederemos, en primer lugar, a describir, con orden y rigor (y no sin dificultad) las distintas formas de disolución reguladas en la *Mudawana* para, posteriormente, relacionar los efectos que de dichos tipos de ruptura se generan. Ya adelanto que los efectos no son iguales para todo divorcio, sino que, por el contrario, el tipo de ruptura determinara su eficacia.

1. Las distintas formas de romper un matrimonio en Marruecos

7. El Derecho marroquí, al igual que el Derecho español, conoce la categoría del matrimonio nulo. En este sentido, se califica como nulo al matrimonio que no despliega efecto jurídico alguno, y, como tal, puede apreciarse de oficio por el juez o a petición de interesado en cualquier momento, pues la acción de nulidad matrimonial es imprescriptible (art. 58 CF). Los motivos de nulidad se refieren a la falta de elementos esenciales del contrato matrimonial, bien en el momento de celebración (no coincidencia entre oferta y aceptación), o bien por inexistencia de consentimiento o incapacidad para prestarlo, en este último caso, por concurrir algún impedimento (art. 57 CF)⁵.

8. Junto al matrimonio nulo, el matrimonio también puede ser anulable (una institución que, si bien es conocida en nuestro Derecho en el ámbito contractual, no así aplicada a la institución del matrimonio). Y lo es cuando produce sus efectos desde su celebración y antes de que tenga lugar el pronunciamiento judicial, siempre que no haya sido subsanado. Las causas de anulabilidad contempladas en la ley marroquí son: la enfermedad mortal o terminal de uno de los cónyuges (suponemos que existente al contraer matrimonio y no conocida por el otro cónyuge), a no ser que se recupere; el uso fraudulento del matrimonio para evitar la aplicación de la norma que impide el matrimonio después de tres repudios consecutivos; la no concurrencia de tutor matrimonial, si éste fuera obligatorio; la falta de los requisitos legales de la dote y la celebración del matrimonio bajo coacción o engaño.

9. Pero es el repudio la forma más genuina del Derecho islámico de dar por finalizado el vínculo matrimonial. Como no podía ser de otra forma y fiel a la tradición islámica⁶ conserva la *Mudawana* la institución del repudio regulándola en el art. 78 CF, como un derecho del esposo (*talaq*) que ejercita sin necesidad de la concurrencia de causa o requisito alguno: basta su mera declaración de voluntad. Sin embargo, incluye el control judicial del mismo, lo que supone un importante avance en orden a la garantía de los derechos de la esposa. Ello supone que la validez del repudio se encuentra condicionada a la existencia de autorización judicial previa, amén de someterse a un control judicial durante su ejercicio cuya finalidad es garantizar los derechos económicos de la esposa repudiada⁷. A tal fin, desde que se inicia el procedimiento, se exige al actor que adjunte “las pruebas que determinen la situación material del marido y sus obligaciones económicas” estando legitimado el Tribunal para solicitar otros documentos probatorios o justificativos si estos no fueran suficientes⁸. Una vez sustanciado el mismo, y no habiendo alcanzado la reconciliación, para que el repudio prospere el marido tiene que depositar judicialmente, en el plazo de treinta días, el importe que fije el Tribunal en concepto de los derechos económicos debidos a su esposa e hijos. Satisfechos éstos, el juez autoriza el divorcio, incluyendo en el acta “la cuantía de los derechos previstos en los artículos 84 y 85 CF y la remuneración de la custodia después del período legal de espera” (art. 88.6 CF)”.

⁵ No es motivo de nulidad, sin embargo, la no observancia de las formalidades del matrimonio. La exigencia del art. 13.4 CF de los dos adules que deben estar presentes en el momento de la emisión de la oferta y aceptación de la misma por los futuros esposos lo es sólo a los efectos probatorios y no como requisito de eficacia constitutiva del contrato matrimonial.

⁶ El repudio es, en el Corán, un derecho del varón. Son muy numerosas las referencias en este sentido; así, Sura 2, 226-242; Sura 58, 2-4; Sura 65, 1-4.

⁷ La autorización judicial previa no es, en sí misma, una novedad, pues ya estaba presente en el texto derogado. No así la extensión del control judicial a la garantía de los derechos económicos de la mujer actuando como condicionante del divorcio que es una novedad de la reforma del Código.

⁸ *Guide pratique du code de la famille* editada por el Ministerio de Justicia de Marruecos http://www.tv5monde.com/cms/userdata/c_bloc_file/0/183/183_fichier_Guide_pratique_du_code_de_la_famille.pdf

10. De una primera lectura de los arts. 78 y ss CF parece desprenderse que el repudio es un derecho que pueden ejercitar, indistintamente, el marido y la esposa⁹. En dichos preceptos se hacen declaraciones como “los cónyuges podrán recurrir al divorcio...” (art. 78 CF), “Toda persona que desee divorciarse ...” (art. 79 CF), que pudieran llamarnos a engaño. El legislador de la reforma “nos disfraza” la norma, presentándola a los destinatarios con una apariencia de igualdad. Y así sería si no fuera porque el art. 89 CF¹⁰ se inicia de la siguiente forma “En caso de que el esposo haya cedido a la esposa la facultad de disolución del matrimonio...”; y continúa más adelante: “El Tribunal garantizará que se cumplan las condiciones del acuerdo en virtud del cual le cedió la facultad de disolución del matrimonio...”; y finaliza: “El esposo no podrá revocar la facultad de disolución del matrimonio que cedió a su esposa”.

11. Podemos concluir, pues, que el repudio de la mujer al marido (*tamlík*) sólo es viable si el esposo le ha concedido tal derecho en el contrato matrimonial y tal posibilidad tampoco es una novedad de la reforma, ya que, explícitamente, se contenidas en el texto derogado.

12. Otra modalidad de ruptura a iniciativa de la esposa es el llamado repudio retribuido *jol' o khul* presente en el libro sagrado¹¹. Así como el repudio del marido es un derecho que puede ejercitar sin necesidad de causa o motivo; en cambio, la esposa sólo puede repudiar si el marido consiente a ello, concediéndole tal derecho en el contrato matrimonial. La concesión del derecho puede ser absoluta (como la de su esposo) o sometida al cumplimiento de determinados requisitos. En el repudio retribuido el consentimiento del marido es requisito indispensable y se presta si la esposa le indemniza por ello. Dicha indemnización puede consistir en la devolución de la dote, la renuncia a cobrar la parte de la dote debida, la renuncia a derechos económicos que pudieran corresponderle o el abono de una cantidad mayor o menor del importe de la dote. El divorcio retribuido, pues, no es más que una modalidad de repudio del marido por la mujer, previo pago por esta de una indemnización¹².

13. Frente a los tipos de repudio anteriormente expuestos, también conoce la *Mudawana* el divorcio judicial que, aunque abierto a ambos cónyuges, en verdad es la fórmula que permite a las mujeres solicitar la ruptura del vínculo (puesto que el varón tiene siempre asegurada la disolución ejercitando el repudio). Sin embargo, las diferencias son notables, sobre todo al precisar este tipo de divorcio la acreditación de causas o motivos que lo viabilicen y que no siempre son fáciles de probar.

14. En última instancia, el hecho de optar por una u otra forma de canalizar la ruptura acaba siendo una cuestión meramente económica. El hombre que tiene recursos, no se verá frenado por el montante de las indemnizaciones a abonar a su esposa para que progrese la acción de repudio; la mujer con un *status* elevado, tiene mayor poder de negociación en el contrato matrimonial y puede imponer condiciones en el contrato que le permitan ejercitar el *tamlík* (previamente cedido por su esposo) o el *khul*, abonando una fuerte compensación a su ex marido. Así argumentado, el divorcio judicial quedaría como la única forma de canalizar la crisis para las mujeres que no poseen un patrimonio suficiente para liberarse del vínculo de otra manera menos desagradable, como es el repudio.

15. El divorcio judicial presenta, a su vez, distintas modalidades o subtipos. El primero de estos subtipos es el divorcio por motivo de discordia (*siqaq*) que es una novedad de la reforma y uno de los

⁹ Algunos autores, incluso, han afirmado que el repudio es una prerrogativa de ambos sexos. Así, C. CARRILLO LERMA, “Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 diciembre 2014, en Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2015), vol. 7º, Nº 2, pp. 413-419, la cita es a la p. 415.

¹⁰ Nos valemos de la traducción del art. 89 de la obra *Nuevo Código de familia marroquí y su aplicación en España*, obra colectiva coordinada por G. ESTEBAN DE LA ROSA, Edit. Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 65.

¹¹ Sura 2,229.

¹² La reforma añade la posibilidad de que se disuelva el matrimonio, aun cuando no exista acuerdo sobre el importe de la indemnización, bastando con que el marido hubiera consentido en admitir esta modalidad de divorcio. En este caso, dispone el art. 120.1 CF, que el Tribunal, tras los pertinentes intentos de reconciliación, propios de todo procedimiento de disolución matrimonial en Derecho islámico, fijará el importe de la indemnización teniendo en cuenta para ello: el importe de la dote, duración del matrimonio, causas del divorcio, situación económica de la mujer.

instrumentos de los que hace uso el legislador para modernizar la legislación marroquí, abriendo nuevas vías para que la esposa pueda quedar liberada del vínculo.

16. El divorcio por *siqaq* quiere decir el divorcio por “desavenencia”; desavenencia o discordia entre los esposos que genera serios problemas en la convivencia. El concepto de “desavenencias” debe ser fijado por el Tribunal que deberá de calibrar si los motivos o causas alegadas son suficientes para romper el vínculo matrimonial¹³. De acuerdo con el espíritu conservador de la institución matrimonial, se realizarán los pertinentes intentos de reconciliación con la intervención de dos árbitros que serán los encargados de informar sobre la gravedad de la discordia. Que esta fórmula sea capaz de dotar de un papel mayor a la mujer en ese juego de voluntades (donde el varón obtiene un papel preponderante al disponer, como derecho, al repudio) depende de la interpretación que de estos preceptos (art. 94 a 97 CF) lleven a cabo los tribunales. Pues, podría encubrir un repudio de la mujer si el concepto “desavenencia” se interpretara de forma muy amplia y se identificara con la falta de *affectio maritalis*¹⁴

17. Así como el divorcio judicial por discordia puede iniciarlo cualquiera de los cónyuges, la segunda de las modalidades se encuentra reservada a la esposa: es el llamado divorcio judicial a instancia de la esposa. Para que prospere la solicitud de ruptura del vínculo matrimonial, la mujer debe probar en el proceso la existencia de una causa que justifica su voluntad de dar por finalizada la unión conyugal¹⁵. A la lista de las reconocidas en el texto al que sustituye la *Mudawana* (incumplimiento de la obligación de alimentos, vicio redhibitorio, ausencia del marido, juramento de incontinencia o abandono), se añade el incumplimiento de lo estipulado en el contrato matrimonial y el perjuicio, y se lleva a cabo una nueva redacción a las ya tradicionales (desaparece, también, la sevicia que es sustituida por el perjuicio). Es de destacar que cuando la causa alegada por la esposa permite una “rectificación” por parte del marido, accediendo a cumplir las obligaciones cuyo incumplimiento se le imputa (concediéndole, incluso, en algunos casos un plazo para ello¹⁶), se paralizará la acción de divorcio pues ya no existe motivo para ello. En cuyo caso solo le queda a la esposa iniciar un procedimiento de divorcio por discordia.

18. Finalmente, junto con el divorcio por discordia, es el divorcio por mutuo acuerdo la segunda novedad de la reforma de 2004¹⁷. De forma muy semejante a la prevista en las legislaciones occidentales (en las que, sin duda, se inspira, pues esta modalidad carece de tradición en el Derecho islámico), se accede al divorcio por la mera voluntad de los esposos, debiendo acompañar un acuerdo a la solicitud de éste¹⁸.

¹³ En la práctica, el divorcio por se convierte, también, en un “cajón de sastre” donde se puede acudir siempre que no quede acreditado el motivo alegado, o se incumpla alguno de los requisitos necesarios para que prospere cualquiera de las otras fórmulas para acceder a la ruptura del vínculo. Por ejemplo, en caso de divorcio revocable, si el marido ejercita su derecho de revocación, la esposa puede entablar el divorcio por cuando no consigue acreditar el incumplimiento contractual o el perjuicio o cuando la mujer persiste en disolver su matrimonio, previo pago de una compensación, y no llega a un acuerdo con su marido al respecto.

¹⁴ Así lo apunta M.C. FOBLETS Y M. LOUKILIV “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, vol. 95, nº 3, pp. 521 a 555, concretamente la cita es a la p. 524

¹⁵ Sólo la mujer necesita probar una causa para poder romper el contrato matrimonial, a no ser que el marido haya manifestado su consentimiento anterior o coetáneo. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Edit. Fundación La Caixa, Madrid, 2002, p. 70.

¹⁶ Por ejemplo, el art. 116 CF cuando la causa es el juramento de incontinencia y abandono le concede al marido un plazo de cuatro meses para rectificar su comportamiento.

¹⁷ Le merece un juicio favorable la introducción de estas modalidades de ruptura desde el punto de vista de la igualdad entre los sexos a J. OUHIDA, “Le Code de la Famille: quel changement pour la situation juridique de la femme marocaine residente en Europe”, en *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, (2016), pp. 316-327, la cita es a la p. 325.

¹⁸ Fiel a la libertad característica en el contrato matrimonial, el texto marroquí no dice nada sobre el contenido del acuerdo, aunque admite que en éste se incluyan “condiciones”, siempre y cuando no perjudiquen el interés de los hijos. Pero nada impide que dichas condiciones sean gravosas y excesivas para la mujer, que puede verse abocada a aceptarlas si quiere poner fin a su relación conyugal.

2. Los efectos de la ruptura matrimonial

19. Es de observar que la *Mudawana* carece de un régimen jurídico general de las consecuencias de la ruptura. Se contiene en la norma un conjunto de efectos variados, dispersos, propios del tratamiento asistemático de la ruptura del vínculo matrimonial descrito en el epígrafe precedente. Dichos efectos se despliegan sólo para la mujer y los hijos; nunca para el marido (con alguna excepción como el divorcio por discordia, *siqaq*, si concurre culpa de la esposa) y no son iguales para todas las variedades de divorcio. Además, el momento temporal de la crisis al que aludamos mediatizará las consecuencias económicas, por lo que debemos distinguir entre aquellas que tienen lugar antes de la ruptura (a modo de medidas provisionales) y durante el período de espera, de las ya definitivas.

20. Las medidas provisionales que el Tribunal puede adoptar, bien de oficio o a instancia de parte, en el marco del art. 121 CF y mientras se sustancia el procedimiento son: la designación de la vivienda donde deberá residir la mujer y el establecimiento de una cuantía económica en concepto de alimentos para los hijos y la esposa. Sin embargo, dichas medidas solo proceden cuando el procedimiento de crisis fuera el divorcio judicial y la convivencia de los esposos resultara imposible. Los beneficiarios son la mujer¹⁹ y los hijos menores.

21. El Código de Familia mantiene la arcaica institución conocida como *idda* o periodo de espera²⁰ (arts. 129 a 137 CF): periodo de tiempo posterior al divorcio o a la viudedad en el que la mujer no puede contraer matrimonio, por lo que se considera que debe estar atendida económicamente por el marido. En consecuencia, la mujer, solo durante este corto periodo de tiempo, es titular de un derecho de alimentos, si el divorcio fuera revocable o siendo irrevocable estuviera embarazada, y un derecho de alojamiento, en todo caso. Si el divorcio no fuera revocable, y le fuera concedida la custodia de sus hijos menores, tendría derecho, también, a la remuneración de la custodia, y si alguno de los hijos comunes fuera lactante debería percibir el salario de lactancia.

22. Ya en el ámbito de las medidas definitivas comunes a cualquier tipo de divorcio, podemos distinguir tres: el salario de lactancia, la pensión alimenticia a los hijos y la remuneración de la custodia (*hadana*).

23. El salario de lactancia es la cantidad económica a la que tiene derecho la madre lactante divorciada mientras cumpla esta función. Se justifica en la tradición islámica²¹, y alude a ella el art. 201 CF. El concepto de “lactante” se refiere a la madre (u otra persona) que alimenta naturalmente al hijo, ya que, en caso de lactancia artificial, los gastos de ésta, lo cubriría la pensión alimenticia a la que el hijo tiene derecho. Las beneficiarias son las personas que alimentan naturalmente al hijo y sólo mientras dure tal situación.

24. El derecho de los hijos a ser alimentados se transforma en pensión cuando los hijos no viven con sus padres porque estos se encuentren divorciados. La pensión alimenticia de los hijos se convierte, pues, en una consecuencia económica de la ruptura, de la que debe responder, en primer lugar, el padre, a no ser que los hijos quedaran bajo su custodia en cuyo caso, la citada pensión alimenticia no incluiría los gastos generados por su alojamiento.

25. En el Derecho marroquí no existe un derecho de uso de la vivienda familiar, por lo que, roto el matrimonio, los hijos deben ser alojados conjuntamente con el adulto que asume su custodia. Nace, entonces, la obligación del padre de garantizarle, no sólo la pensión alimenticia, sino también un alojamiento digno. Aunque este no tiene por qué identificarse con el inmueble que, hasta entonces, fuera la vivienda familiar, es cierto que existe un derecho preferente al uso de ésta a los menores, mientras el padre no les haya proporcionado otra (art. 168 CF).

¹⁹ M FLOBETS,./ J.Y. CARLIER, *Le code marocain de famille*. Bruxelles, 2005, p. 70.

²⁰ Suras, 65, 1; 65, 2; 65, 4; 33, 49.

²¹ Sura 65, 6.

26. Según el art. 168 CF es el padre el responsable de la obligación de alimentar y alojar a los hijos; sin embargo, una interpretación de este precepto con el art. 167 CF y con los dedicados a la regulación del derecho de alimentos, nos invitan a deducir que, si el padre careciera de medios para ello, respondería el patrimonio de la madre, de forma subsidiaria.

27. La persona que se encarga del cuidado de los menores (la madre, padre, abuela materna y otros parientes, en este orden), tiene derecho a percibir una cantidad económica cuya finalidad es compensarle por el desempeño del cuidado y atención de los menores a su cargo con independencia del tipo de ruptura. El obligado a pagarla es “la persona que deba ocuparse del sustento económico del hijo”, es decir, el padre. Ahora bien, en caso de que fuera asumida por persona distinta de la madre, y el padre careciera de patrimonio debería, pues, retribuirla la madre en la cuantía en la que el padre carece de medios para ello. Al ser la madre preferente al padre es implanteable el supuesto de padre que ejercita la *hadana*, sin medios económicos, y madre que abona al padre la pensión remuneratoria de la custodia.

28. Hasta aquí las consecuencias económicas que tienen lugar cualquiera que sea el tipo de cauce por el que ha tenido lugar la ruptura del vínculo. A ellas hay que añadir las que proceden según el tipo de ruptura ya que, como hemos adelantado en párrafos precedentes, en el Código de Familia no hay una sistematización de las consecuencias económicas, sino que existen particularidades en función de la tipología por la que se sustancie la disolución del vínculo.

29. Si el matrimonio es nulo, declarada la nulidad, debería procederse a la restitución de la dote, puesto que el matrimonio no ha existido. No obstante, el propio art. 58 CF dispensa de tal devolución si el matrimonio se hubiera consumado. Si la dote no hubiera sido abonada parcial o íntegramente, tampoco se exime al marido del cumplimiento de la obligación, que pervive después de la declaración de nulidad y que puede ser exigida, en cualquier momento, por la ya ex esposa. No se pone en conexión este efecto económico con la buena o mala fe de los contrayentes; pudiendo darse el caso de mujer de mala fe que, una vez consumado el matrimonio, conserva un patrimonio que sabía no debería corresponderle, pues su matrimonio estaba afecto de nulidad. También ligada a la consumación del matrimonio declarado nulo, la mujer debe respetar el período de espera (*idda*), procediendo a las consecuencias económicas que en dicho período se generan y a los que nos hemos referido. La declaración de no-efectos del matrimonio nulo es de tal rigor que ni siquiera se extiende a los hijos, como norma general ya que el Derecho islámico desconoce la figura del matrimonio putativo. Sin embargo, el art. 58.2 CF reconoce algún efecto a este matrimonio, si existe buena fe de los contrayentes, y relacionado con la filiación de los hijos habidos durante su vigencia.

30. En el supuesto de matrimonio anulable, y siguiendo con el razonamiento esgrimido en el matrimonio nulo, si no se consuma el matrimonio la esposa debe devolver la dote. Si se consuma y posteriormente se anula y el marido no hubiera pagado la dote o ésta no hubiese sido fijada en el contrato matrimonial, debe pagar a su esposa la “dote de paridad”. Además, si el motivo fuera la coacción, engaño, el cónyuge que lo ha sufrido, aparte de ser el legitimado para interponer demanda de anulabilidad, puede solicitar del otro cónyuge una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 63 CF). Esta última aparece como una consecuencia económica típica de este tipo de anulabilidad. A diferencia del matrimonio nulo, el anulable despliega efectos hasta que se declara la ineficacia del mismo, tras comprobarse judicialmente la existencia de los motivos que alude el que inicia el procedimiento. Este desplegar efectos, no obstante, precisa ser matizado, en función de si hubiera existido o no la consumación del vínculo. Si el matrimonio, aún anulable, no estuviera consumado, carecería de efecto alguno entre los contrayentes (art. 64 CF), con excepción de si el motivo de anulabilidad fuera la coacción o el engaño, en cuyo caso tendría efectos, aunque no estuviera consumado el matrimonio. En relación a los hijos y la determinación de la filiación, el matrimonio anulable consumado es más beneficioso para los hijos habidos del mismo, afirmación que sólo tiene sentido desde la óptica de la particular regulación de la filiación legítima como la única forma de filiación conocida para el Derecho islámico.

31. Si la mujer es repudiada por su marido se generan una serie de consecuencias y medidas económicas, cuya finalidad es garantizar su posición y evitar la arbitrariedad en el uso del marido de esta facultad. En primer lugar, la esposa tiene derecho a la parte de la dote que no hubiese sido pagada; en segundo lugar, la pensión alimenticia durante el periodo de espera y si no pudiera residir en el domicilio conyugal, el pago de la cantidad necesaria en concepto de importe de gastos de alojamiento y, finalmente, una cantidad en concepto de indemnización (art. 84 CF). También deben quedar garantizados los derechos económicos de los que son titulares sus hijos en concepto de alimentos (art. 85 CF).

32. Sí merece algún comentario el derecho de la esposa repudiada a ser indemnizada. No es una partida novedosa, pues ya figuraba en el texto anterior, y encuentra su fundamento en el Corán²². En cambio, sí es original la redacción del art. 84 CF y la sistematización clara que hace el legislador sobre los criterios que debe utilizar el juez para fijar el importe de dicha partida. En este sentido, el citado precepto se refiere a cuatro criterios: duración del matrimonio, situación económica del marido, causas del divorcio (si las hubiere) y la arbitrariedad del marido en el uso del derecho al repudio. La indemnización que menciona la norma no asume la modalidad de “pensión”, aunque pudiera abonarse a plazos, si así lo estima el Tribunal. Es una cantidad total y única en la que el órgano judicial fija el perjuicio causado a la mujer, y, jurídicamente, se justifica por el carácter contractual del matrimonio que se rompe por la voluntad de una de las partes. La *Mudawana* permite una moderación de la cantidad indemnizatoria en función de la existencia de causa justificativa del ejercicio del varón de su derecho de repudio. De esta forma el repudio unilateral sin causa se convierte en una forma de resolución “cara”, que se abarata si se acredita la concurrencia de motivo o causa que justifique la decisión. No obstante, una interpretación acorde con el sentido indemnizatorio de las partidas a las que se alude en el citado art. 84 CF, nos invita a concretar que sólo las causas que tengan origen en un inadecuado comportamiento de la esposa podrán moderar la cantidad a favor del marido, ya que si las causas estuvieran relacionadas con incumplimientos del marido de deberes conyugales no paralizarían el repudio, pero tampoco actuarían en la fijación de la indemnización. De todas formas la cantidad indemnizatoria del art. 84 CF es, de hecho, una “consolación” que no le permitirá a la ex esposa rehacer su vida si carece de patrimonio propio²³.

33. Cuando la mujer ejercita el repudio, pues su esposo le concedió tal facultad en el contrato matrimonial (*tamlik*), las consecuencias económicas para la esposa y sus hijos son idénticas, por la remisión del art. 89 CF a los ya comentados arts. 84 y 85 CF. Si el repudio fuera retribuido (*jol' o khul*)²⁴, la esposa puede renunciar a las cantidades económicas a las que pudiera tener derecho, en concepto de pago indemnizatorio en cuyo caso el divorcio carecería de consecuencias económicas para ella. Ahora bien, dicha renuncia no puede recaer sobre posibles consecuencias económicas de las que la mujer se beneficia relacionadas con el cuidado de sus hijos (así, la remuneración de la *hadana* o el salario de lactancia que quedarían fuera de todo pacto). Una diferencia: el repudio de la mujer es irrevocable, por lo que no tiene derecho a ser alimentada durante la *idda*, que debe cumplir en el domicilio conyugal o en el de algún pariente, y sí a percibir la remuneración de la *hadana*, si hubiera lugar.

34. Si el divorcio es judicial (*tatliq*) se generan las consecuencias económicas ya estudiadas y reguladas en los arts. 84 y 85 CF (alimentos para los hijos, para la mujer sólo si es revocable y durante la *idda*, la dote debida y la compensación económica). Además, si lo fuera por motivo de discordia (*siqaq*) el juez procederá a fijar una indemnización que deberá abonar el cónyuge culpable de la discordia al

²² Suras 2, 236 y 2, 241.

²³ A. QUIÑONES ESCAMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico” en la obra colectiva *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, nº VIII de 2002, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 139.

²⁴ Algún sector de la doctrina considera esta forma de disolución como una modalidad de mutuo acuerdo (por ejemplo, M. DE PERALTA Y CARRASCO, “El nuevo código de derecho de familia marroquí: la Mudawana. Estudio sobre su contenido y aplicabilidad en España”, pp. 183-239, en la obra colectiva *Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración en Extremadura*, Ed. Dykinson, coordinada por J. ROSELL GRANADOS, Madrid, 2012, concretamente p. 220). No estamos de acuerdo, pues, con esa argumentación también lo sería el repudio de la mujer en la medida que debe estar consentido por el marido.

cónyuge inocente, que constituye una consecuencia económica típica de esta modalidad de ruptura (art. 97 CF). También el esposo tiene derecho a ser indemnizado si se acredita la culpabilidad de la mujer en el divorcio. Cuando se sigue el procedimiento por incumplimiento contractual o perjuicio (arts. 99 a 101 CF), y prospera la acción, el juez debe establecer en la sentencia la indemnización que el marido debe abonar a su mujer como consecuencia del perjuicio causado. Dicha cantidad se integrará en la cantidad indemnizatoria conocida como “don de consolación” (*mut'a*) a la que se refiere, con carácter general, el art. 84 CF. En cambio, si el motivo aludido fuera la existencia de vicio redhibitorio (arts. 107 a 109 CF), contiene la reforma una norma especial en relación al pago de la dote: así, si el divorcio tiene lugar antes de la consumación del matrimonio se aplica la norma general de no obligación de pago, a no ser que el marido hubiera conocido la existencia del vicio, en cuyo caso quedará penalizado debiendo pagar a la mujer la mitad de la dote estipulada. Si el matrimonio ha sido consumado, también quiebra el principio general de no devolución, penalizándose, esta vez, a la esposa que oculta el vicio de forma intencionada, que debe devolver al marido la integridad de lo recibido en concepto de dote (y si no hubiese recibido, pierde el derecho a reclamarlo).

35. En el divorcio de mutuo acuerdo el derecho de la esposa a la dote, dado su carácter imprescriptible e irrenunciable no puede ser objeto de acuerdo. Como divorcio irrevocable, no hay obligación de alimentar a la mujer en el período de *idda* a no ser que estuviese embarazada, aunque nada impide que el acuerdo de divorcio incluya esta obligación. Igualmente, no se le reconoce a la esposa el derecho a ser indemnizada, pudiendo serlo si efectivamente así se acuerda.

III. La aplicación de la *Mudawana* por los Tribunales españoles

36. Hasta aquí una breve descripción de la regulación del divorcio y sus consecuencias en el Código de familia, imprescindible para pasar a la segunda parte de este estudio donde se ubica el objeto del mismo: establecer el alcance de la aplicabilidad del régimen jurídico descrito en nuestro Derecho, analizando las resoluciones judiciales acaecidas en este sentido. Será, pues, el orden público la barrera que impedirá la eficacia de normas que lo contravengan. Y el referido concepto se extraerá de los casos concretos donde se ponga de manifiesto. De ahí la relevancia de la casuística jurisprudencial.

37. Dicho lo anterior, sí es de justicia poner de manifiesto que partimos de un concepto de orden público amplio, como el que propone un sector de la doctrina²⁵ al que nos adherimos sin reserva. En otro escenario más estricto o escrupuloso, el debate quedaría sin sentido, pues es evidente el carácter discriminatorio para la mujer de la normativa marroquí sobre el divorcio en su conjunto lo que conlleva a un juicio de contravención del orden público español, uno de cuyos pilares es el principio de igualdad.

38. El juicio sobre la compatibilidad con el Derecho español puede producirse en dos momentos diferenciados: bien porque se solicite el reconocimiento de una resolución marroquí sobre disolución del matrimonio y sus efectos en España, bien porque, dentro del ámbito del artículo 107,2 o del Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y separación judicial (a partir de ahora Reglamento 1259/2010)²⁶, se invoque la *Mudawana* como legislación aplicable.

²⁵ Por todos, G. ESTEBAN DE LA ROSA “Application of the New Moroccan Family Code in Spain (with a gender perspective)” en *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, pp. 147-154, concretamente pp. 150 y 151. Muy significativas las palabras que, a continuación, transcribo “The terms of this comparison are: the essential content of the fundamental law, which expresses the higher values of the forum’s legislation, on one side, and the other, the effect produced by the specific application of the foreign law in the forum”. En igual sentido, N. BOUZA VIDAL, “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho Internacional privado”, en *La Notaria*, nº 42, 2007, pp. 11-40; concretamente pp. 19 a 22 donde estructura el concepto de orden público sobre el respeto del Derecho interno del estado de acogida y a la identidad cultural del inmigrante.

²⁶ DOUE L 343/10 de 29 de diciembre de 2010

1. La eficacia en España de las resoluciones judiciales de Tribunales marroquíes de divorcio

39. El marco jurídico que marca la aplicación en España de las resoluciones judiciales marroquíes sobre disolución del matrimonio así como las consecuencias en ellas contenidas, es el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo 1997²⁷. Pues las resoluciones judiciales definitivas recaídas en procedimientos de disolución matrimonial se encuentran dentro de su cobertura, así como aquellas cautelares o provisionales que versen sobre alimentos²⁸. En consecuencia, si concurren los requisitos del art. 23 de la citada norma, las partes podrán solicitar la ejecución en España de las resoluciones judiciales iniciando, previamente, un procedimiento de *exequatur* ante el Juzgado de primera instancia correspondiente²⁹, en el que el juzgador deberá apreciar dicha concurrencia³⁰. Entre los requisitos procedimentales (el órgano que la dicta debe ser competente para ello, las partes deben ser citadas, debe tener efectos de cosa juzgada y que no se estén, actualmente, juzgando en España, una cuestión idéntica de objeto y partes), se incluye uno de Derecho sustantivo: su adecuación al orden público español.

40. Con carácter general, podemos afirmar que el reconocimiento de efectos a resoluciones marroquíes de disolución del vínculo, cuenta con dos escollos: el hecho de que el repudio sea un derecho del varón conectado con su masculinidad y la revocación de algunas formas de divorcio. Veamos cada una de ellas y, en qué medida, pudiera (o no) ser salvado el escollo en uno u otro caso.

41. En verdad la propia institución del repudio, es, por sí misma atentatoria al principio de igualdad entre los sexos que preconiza nuestra Constitución en el conocido art. 14³¹. Sin embargo, el régimen jurídico del repudio (*talaq*) en la *Mudawana* marroquí caracterizado por la intervención judicial puede evitar que esta modalidad de divorcio quede excluida de efectos en nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos islámicos más conservadores en los que el repudio del varón no precisa intervención judicial (basta su mera declaración de voluntad más o menos formalizada, según los casos)³², la regulación del Código de familia salva la barrera de no judicialización de la disolución del vínculo que exige el orden público.

42. También se cumple con otro requisito que pudiera excluir su eficacia por razón del orden público: que la otra parte sea llamada al proceso. En este sentido, la existencia de citación judicial a la esposa necesaria para garantizar sus derechos económicos, es una condición inexcusable para que prospere el divorcio por repudio del varón (amén de los intentos previos de reconciliación que exigen, lógicamente, que sea citada como parte). Aunque la mujer carece de derecho alguno a oponerse a la viabilidad de la pretensión, sí podrá discutir la veracidad o no de la documentación aportada a los efectos de fijar la cantidad económica indemnizatoria u otras cuestiones, como la existencia o no de causa, que afectan al montante que pueda percibir³³.

²⁷ BOE nº 151 25 junio 1997.

²⁸ El art. 22,2,d) excluye de su ámbito de aplicación las medidas cautelares y provisionales, excepto las que versen sobre alimentos.

²⁹ Previamente a la entrada en vigor del Convenio, el procedimiento se iniciaba antes el Tribunal Supremo. De ahí algunas resoluciones del Tribunal Supremo declarando su incompetencia como consecuencia de la aplicación de este acuerdo. Así, AATS, 22-12-98, RJ 1998\10804; 16-3-99, RJ 1999\2149; 23-11-99, RJ 1999\991; 14-3-00, RJ 2000\1768; 14-11-00, RJ 2000\9581; 5-2-02, RJ 2002\48796; 2-3-04, RJ 2004\1321.

³⁰ Así lo prescribe el art. 26 del citado Convenio

³¹ Dice la RDGRN de 26 de enero 2009, RJ 2010\99177: "...dado que el acto de repudio no está reconocido en el ordenamiento español como causa de disolución del vínculo matrimonial, ni en este ordenamiento puede surtir efecto alguno por oponerse a ello el orden público internacional español por ir en contra de la dignidad de la mujer..."

³² A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, nº 1, Julio, 2006, pp. 109 a 123, la cita es a la p. 122.

³³ El hecho de no existir motivo para oponerse a la pretensión disolutoria tampoco es algo extraño para nuestro ordenamiento jurídico, pues desde la reforma de 2005 en España es posible el divorcio o la separación por la simple voluntad unilateral de una de las partes, sin que la otra tenga posibilidad de oponerse a dicha pretensión.

43. Es de observar que los Tribunales tienen en cuenta como indicio favorable al reconocimiento de efectos a las sentencias de disolución del vínculo el hecho de que sea la esposa la que tome la iniciativa en el *ex aequator*. Pues ello pone de manifiesto que desea la eficacia de la resolución judicial del Tribunal marroquí, es decir, que el divorcio despliegue sus efectos y sea reconocido en nuestro país (lo cual la desliga del vínculo matrimonial). Negársela y obligarla, por tanto, a estar unida con un marido al que ya no quiere sobre la base de un análisis formal y estricto del ordenamiento jurídico que sirvió de fundamento a la resolución judicial, es perjudicial a sus intereses y supone una vulneración a su dignidad como persona³⁴. En este sentido, es muy significativo el Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril 1998³⁵, en el que el Tribunal considera que el divorcio por el ejercicio del repudio de su esposo pasa el filtro del orden público entre otros motivos por ser la esposa la que inicia el procedimiento de *exequatur*³⁶. Se aboga, pues, por una interpretación flexible³⁷ para aquellos supuestos que existe una voluntad de la mujer, bien previa en el contrato matrimonial al habersele reconocido el derecho a repudiar a su marido, aunque no lo haya ejercitado, o bien al ser ella la que demanda el reconocimiento de efectos al repudio que ha sufrido por parte de su esposo³⁸.

44. Siguiendo con este razonamiento, es lógico que cuando el matrimonio se disuelve en Marruecos por iniciativa de la esposa, bien por ejercitar el repudio que le concedió su marido en el contrato matrimonial (*tamliq*), bien porque lo hace pagando una cantidad (*jol' o khol*), dichas resoluciones pasen, sin problema, el filtro del orden público. Así lo hace el Tribunal Supremo en el Auto de 27 de enero 1998³⁹, al considerar que es el tipo de divorcio ejercitado por la esposa el que garantiza su adecuación a nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰ o la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero 2006⁴¹ en relación al divorcio por compensación económica *jol'l o khol*.

45. El resto de las modalidades de ruptura⁴², en general, pasarían, sin mucho problema el filtro constitucional, siempre que realicemos, como debe ser, una interpretación flexible y estricta de esta barrera. Y ello, porque, en verdad, alguna de las causas que permiten a la esposa solicitar la ruptura (divorcio judicial o por discordia), sería, a todas luces contrarias a nuestros principios fundamentales; pero, una vez la ruptura se ha producido, negarle los efectos es más perjudicial para la mujer y atenta más a su dignidad que no reconocer dicha eficacia.

46. La concesión del *ex aequator* no impide que alguno de sus pronunciamientos pudiera ser revisado por los Tribunales españoles, si los litigantes fueran residentes en el territorio español y existiera un motivo o interés superior que así lo justifique. En este sentido, la sentencia de la AP Lleida de 25 de noviembre 2016⁴³ aborda el siguiente supuesto: concedido el *ex aequator* en un divorcio por discordia, uno de los ex cónyuges, residente en España, impugna la pensión alimenticia fijada en

³⁴ S. PEREZ NAVARRO, "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español", en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, 13, pp. 183 a 223, la cita es a la p. 221 así como las referencias jurisprudenciales allí ubicadas.

³⁵ RJ 1998\3563

³⁶ "...así ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el *exequatur*".

³⁷ N. MARCHAL ESCALONA, "El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367 a 376, concretamente p. 370. M.D. ORTIZ VIDAL, "El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, vol. 6, nº 2, pp. 201-244, concretamente p. 241, párrafo 170, nota a pie 120, se hace eco de un sector doctrinal que interpreta de forma estricta y que no es partidario de la solución general que mantenemos en el texto principal.

³⁸ De forma semejante en la doctrina extranjera. Así, J.Y. CARLIER Y C. HENRICOT, "Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements reciproques?" Université Catholique de Louvain, CeDIE, working Paper nº 2011/03, pp. 1-30, la cita es a la p. 26 que califica de "doublé victimisation" el hecho de negarle la eficacia a una sentencia de divorcio sustentada en normas discriminatorias para la mujer cuando es ella la que solicita el reconocimiento de tales efectos.

³⁹ RJ 1998\2924

⁴⁰ "La adecuación al orden público deriva del tipo de divorcio pronunciado por las autoridades judiciales marroquíes".

⁴¹ RJ 2006\4338

⁴² Por supuesto, los divorcios de mutuo acuerdo. TS 17 octubre 2006, JUR 2006\250609

⁴³ VLEX-672419017

la sentencia a favor de los hijos. A lo que accede la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, en atención del interés del menor que exige la adecuación de la cuantía al nivel de vida de España, aunque sin alterar los demás postulados de la resolución judicial marroquí en cuanto al resto de las consideraciones.

47. Superada la viabilidad del repudio dada la regulación con intervención judicial del Código marroquí, el mayor escollo que existe para el reconocimiento de las resoluciones judiciales marroquíes en España sobre divorcio son aquellas que afectan a divorcios revocables. El régimen jurídico del divorcio en Marruecos admite, en algunos casos, que este sea revocable en el periodo de espera o *idda*. Solo está legitimada para emitir la declaración de revocabilidad del divorcio el varón y se encuentra conectada con divorcios que parten de una voluntariedad previa del esposo.

48. El sentido común nos lleva a afirmar que no es posible dotar de efectos en nuestro Derecho al divorcio revocable mientras exista tal posibilidad⁴⁴. Una vez ha caducado la acción del marido para revocarlo, la disolución del matrimonio debe de gozar de plenos efectos en nuestro Derecho si no existe algún otro motivo, que no sea este, para su adecuación al orden público. Aunque en este punto existe una unanimidad de la doctrina⁴⁵, no así la jurisprudencia que no siempre ha estado acertada en sus resoluciones. Pues si bien existen pronunciamientos en esta línea, como la RDGRN 24 mayo 2002⁴⁶, que estima que, aunque en puridad el divorcio fuera revocable, de hecho, y por trascurso del tiempo ya no lo es⁴⁷; otros rechazan tal reconocimiento por tal carácter sin atender a su operatividad en el momento de la solicitud. En este sentido, podemos citar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril 1998⁴⁸, que no es la única⁴⁹, que niega la eficacia de una resolución de repudio revocable, aun cuando el esposo ya había contraído nuevo matrimonio en su país⁵⁰. Sí, efectivamente, se acredita tal irrevocabilidad como el supuesto de un tercer repudio consecutivo⁵¹ la adecuación al orden público no presenta problema.

⁴⁴ Así lo afirma la RDGRN de 12 de septiembre 2002, RJ 2003\136

⁴⁵ Por todos, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio”, en la obra colectiva *Matrimonio y divorcio...*, cit., pp. 99 a 179, concretamente se refiere al divorcio revocable pp. 155 a 157.

⁴⁶ RJ 2002\8983; o AP Barcelona 25-11-2009, VLEX-210467623

⁴⁷ “En efecto está probado que obtuvo un divorcio revocable el 5 de septiembre de 2001 y que este divorcio se convierte en irrevocable pasados cien días desde su fecha si los interesados no reanudan la relación matrimonial. Las certificaciones consulares egipcias acompañadas al recurso acreditan esta particularidad de la legislación egipcia e igualmente, corroborando las manifestaciones del interesado, que su divorcio revocable devino irrevocable a partir del día 20 de diciembre de 2001”.

⁴⁸ RJ 1998\3563

⁴⁹ Raya en lo absurdo la RDGRN de 4 de junio 2001, RJ 2002\5494, relativa al acta de repudio que el ex esposo adjunta en el expediente matrimonial que inicia en España para contraer nuevo matrimonio, negándose eficacia sobre la base jurídica de la revocabilidad del repudio. Pues no sólo ha transcurrido el plazo para ejercitar la revocación, sino que, además, el que hubiera podido revocarlo es el que alega la ruptura del vínculo por repudio.

⁵⁰ “Se ha de tener a la vista el criterio uniforme seguido por esta Sala en casos precedentes en los que se instaba el reconocimiento de resoluciones de este tipo, y así en los AATS 16 y 23 julio 1996, 24 septiembre 1996 y 28 enero 1997 se indicaba que “es lo cierto que del propio tenor literal del documento presentado se desprende la imposibilidad de conceder el reconocimiento de la resolución extranjera conforme se solicita. Se ha de advertir ya inicialmente sobre el carácter revocable del divorcio acordado ante los notarios autorizantes del acto, lo que confiere a la disolución del vínculo matrimonial, como se dijo en el ATS 16 julio 1996, resolutorio de un caso similar, un tinte de condicionalidad que, en el supuesto examinado en el citado auto, de una parte, pugnaba con la exigencia de la firmeza de la resolución a reconocer, requisito éste impuesto –cualquiera que sea el régimen de reconocimiento– por el art. 951 LECiv, y de otra, se alzaba como un elemento añadido a la disolución del vínculo que se antoja contrario a los principios que inspiran y conforman el concepto de orden público, que en esta materia se encuentra sin duda en íntimo entronque con los principios y derechos constitucionales; pues, como asimismo se indicaba en el antes citado Auto de 16 julio 1996, “la disolución del vínculo por el divorcio se construye en nuestro ordenamiento jurídico desde la esencial nota de la invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable, lo cual no empuja a que quepa un ulterior nuevo matrimonio entre los esposos, pero sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometido a la libre disposición de los cónyuges de manera que, por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital –aun cuando la apreciación de las circunstancias determinantes de la revocación del divorcio se deje a una cierta Autoridad–, ya que ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer que desde el art. 14 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), que consagra el principio de igualdad, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico civil, con carácter general, en el art. 66 CC””. En igual sentido, STS 23 julio 1996, RJ 1998\2907.

⁵¹ ATS 27 julio 2004, JUR 2004\290634

Cuando, por el contrario, el Tribunal carece de certeza sobre su estabilidad deberá negarle su eficacia⁵², ya que no puede acreditarse la no revocabilidad.

2. El Código de Familia marroquí como fundamento de resoluciones judiciales dictadas por Tribunales españoles

A) Criterios para fijar la ley aplicable

49. Si dos marroquíes que vivieran en España iniciaran un procedimiento de divorcio con posterioridad al 21 de junio de 2012, para determinar la ley aplicable, debería acudir a los criterios establecidos en el Reglamento 1259/2010 Roma III; si el conflicto fuera anterior (pues el Reglamento es irretroactivo) el art. 107,2 del CC indicaba, antes de la modificación sufrida por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, que la ley que rige la separación y el divorcio será la propia legislación nacional, es decir, el Código de familia, siempre que no fuera contrario al orden público.

50. El marco normativo diseñado por el Reglamento 1259/2010, para resolver los problemas de competencia en las crisis matrimoniales que se articulen bajo las fórmulas de separación y divorcio (aunque excluidas para la nulidad⁵³), se sustenta en el criterio de la autonomía de la voluntad⁵⁴, como preferente para establecer la normativa aplicable, siempre, claro está, que se aprecie un punto de conexión (en el caso que nos ocupa el punto de conexión viene determinado por la residencia en España de los marroquíes). Se debe tener presente que el citado texto europeo no se aplica a las consecuencias patrimoniales derivadas de la crisis, ni a la responsabilidad parental ni a las obligaciones de alimentos por indicación expresa del art. 1.2⁵⁵.

51. El artículo 5.1 establece que: “Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro”. Elección que no necesariamente deberá realizarse de forma expresa, sino que también es factible de forma tácita cuando es invocada la ley nacional en la interposición de la demanda. No obstante, y a falta de sumisión expresa o tácita, también se prevén en la norma criterios supletorios de la voluntad no manifestada (art. 8)⁵⁶. En cualquier caso, tal y como se expresa en los arts. 10⁵⁷ y 12⁵⁸ no podrá aplicarse normativa alguna contraria al orden público.

⁵² ATS 12 abril 2005, RJ 2005\3631

⁵³ Así lo dice, expresamente, el considerando 10 del Reglamento 1259/2010

⁵⁴ Como pone de manifiesto M.P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2, julio-septiembre 2014, pp. 49-79, concretamente en la p. 62 que “es la primera vez, en Derecho Internacional Privado de la Unión Europea se propicia que sean los cónyuges los que puedan determinar la ley aplicable a su separación o divorcio”.

⁵⁵ “2. El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias.”

⁵⁶ “A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”

⁵⁷ Artículo 10: “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

⁵⁸ Artículo 12: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.”

52. El régimen jurídico descrito, pues, deja sin efecto la previsión del art. 9.7 del CC en orden a la competencia en materia de alimentos entre parientes (cuestión muy ligada a las crisis matrimoniales), dirigida a la ley estatal común del menor y sus progenitores (en el caso que nos ocupa la ley marroquí). La nueva redacción del art. 9.7 CC se remite a los criterios fijados en el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que entró en vigor el 18 de junio 2011⁵⁹.

53. La principal diferencia estriba en que el régimen jurídico anterior conducía a la aplicación de la ley de la nacionalidad de los litigantes, excepto si esta fuera contraria al orden público, en cuyo caso se aplicaría la ley nacional, y el nuevo escenario da preferencia a la autonomía de las partes para optar entre la ley española o la marroquí.

54. Sin embargo, y en lo que nos interesa, en ningún caso pueden ser aplicadas las disposiciones del Código de Familia marroquí que contravengan el orden público español, por lo que es necesario establecer reglas o pautas en este sentido. Ya que, si no pasara el filtro, el conflicto se solventaría aplicando nuestra ley nacional. Por cierto, y tras la reforma de 2005, muy permisiva y laxa a la hora de dar viabilidad a la ruptura matrimonial sin tener presente cualquier consideración de culpa o reproche que se encuentra muy presente, como hemos visto, en la *Mudawana*.

B) La prueba del Derecho marroquí

55. En cualquiera de los dos escenarios (antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma III o después de que esta tuviera lugar), para que el Código de familia sirva para dar respuestas a procedimientos que versen sobre crisis matrimonial o sus consecuencias, las partes deben alegarlo y probarlo.

56. Son múltiples las resoluciones judiciales que, aun existiendo los presupuestos para ello, no resuelven conforme a la legislación marroquí sino a la nacional (común o foral, según la residencia de los sujetos implicados), argumentando que no ha sido invocado por las partes⁶⁰.

57. Cuestión distinta es la prueba del Derecho extranjero, pues, en este punto la jurisprudencia realiza una interpretación muy flexible del requisito⁶¹. En este sentido, resulta muy clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de noviembre de 2014⁶², donde el Tribunal se cuestiona sobre la procedencia del recurso de apelación presentado por el progenitor solicitando que la sentencia de instancia vulnera la Ley valenciana al no resolver el juez acordando la custodia compartida de su hijo menor de edad. Concluye el Tribunal que la causa que impide la aplicación del Derecho valenciano, no es que las partes carezcan de residencia en el territorio foral, sino que son nacionales de Marruecos y que la ley sobre la que debe resolver es el Código de Familia marroquí que no regula, porque no la conoce, la custodia compartida.

58. Para llegar a este punto, el Tribunal debe argumentar y justificar la aplicación de oficio de Derecho extranjero, pues, en verdad, el Derecho del que se va a valer para resolver no se ha probado en el procedimiento. En este sentido, y con apoyo jurisprudencial, afirma que el juez, si lo conoce, puede y debe resolver de acuerdo con el Derecho extranjero al que se remite la norma, y que el requisito de la prueba no puede impedir la entrada de un Derecho no patrio si, efectivamente, es conocido por el juzgador. Incluso, afirma que el juez debe realizar averiguaciones para poder dar cumplimiento a la norma de

⁵⁹ R. LAPIEDRA ALCAMÍ, “La regulación del derecho de alimentos en la Unión Europea”, en la *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 19, 2015, pp. 127-139, concretamente la cita es a las pp. 134 y 135.

⁶⁰ Así sucede, por ejemplo, en las sentencias AP Barcelona, 24-01-08, VLEX-37802828 y 26-02-2010, VLEX-201133035

⁶¹ Afirma la sentencia AP Barcelona, 30-12-2014, que “...el derecho extranjero debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación considere necesarios para su aplicación. El precepto exige a los Tribunales una labor activa de búsqueda”.

⁶² VLEX-566239014

Derecho nacional que realiza tal consideración. La prueba, pues, es sólo un requisito para los casos en los que el Derecho extranjero no fuera conocido o su acceso fuera difícil para el juez⁶³.

C) Las distintas modalidades de ruptura y el Derecho español

59. Podemos afirmar, en concordancia con la jurisprudencia, que el Derecho marroquí no puede servir de fundamento para resolver demandas de separación matrimonial, pues esta es una figura desconocida en la *Mudawana*, carente, pues, de regulación alguna, lo que provocaría la aplicación de la ley española según el art. 107,2 CC⁶⁴.

60. Si la demanda de divorcio es instada como consecuencia del ejercicio del derecho al repudio reconocido sólo el esposo, en principio, debería ser rechazada por nuestros Tribunales, en la medida que, por ser un derecho exclusivo del varón, conculcaría el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y, por tanto, el orden público⁶⁵. No obstante, dado que en España la acción de divorcio puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges, no se va a impedir a un varón marroquí que pretenda disolver el vínculo matrimonial por medio del repudio en España con el argumento de que su mujer no podría hacerlo de igual forma en Marruecos. Distinto es que se le impidiera acceder al divorcio a la esposa, en igualdad con su marido, tal y como pudiera suceder en su país.

61. Tampoco presenta problema el llamado divorcio retribuido *jol' o khul*, pues el pago de la indemnización pactada libera a la esposa del vínculo, sin que sea necesario entrar a valorar si ese hecho es, en sí mismo discriminatorio en comparación con la regulación del repudio masculino.

⁶³ “El Derecho extranjero puede ser objeto de prueba porque no se les puede exigir a los jueces y tribunales españoles conocerlo (a diferencia de lo que sucede con el Derecho español, conforme al principio *iura novit curia* y al art. 1.7 del C. Civil). Pero no se trata de un material probatorio civil más, sujeto al principio de aportación de parte, sino que el tribunal está facultado con absoluta generalidad y amplitud para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para poder aplicar el Derecho extranjero al que se remita la regla de conflicto española. Según la sentencia del T.S. número 436/05, de 10 de junio (ponente: Ferrándiz Gabriel), ello significa tanto como que el juez puede y debe aplicar de oficio el Derecho extranjero aplicable si es que lo conoce, y que la aportación de parte sólo puede ser necesaria para suplir la falta de información y conocimiento sobre dicho Derecho extranjero. Es más, parece que la propia norma encomienda al juez un papel especialmente activo con orden a la averiguación del Derecho extranjero. Lo cual es perfectamente lógico, si tenemos en cuenta que, al aplicar el Derecho extranjero al que se remite la norma de conflicto de Derecho internacional privado español, no se hace otra cosa que aplicar la propia normativa española; pues es la propia norma de conflicto española (aplicable de oficio, según impone expresamente el art. 12.6 del C. Civil la que se remite al Derecho extranjero. Por tanto, fácilmente se comprenden las amplias facultades reconocidas al juzgador para averiguar el Derecho extranjero, desde el entendimiento de que con la aplicación del Derecho extranjero al que se remite la regla de conflicto española no se hace otra cosa que dar estricto cumplimiento a la normativa española de Derecho internacional privado. Así lo resalta la sentencia número 381/06, de 8 de junio, de la Sec. 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, o el T.S. en su sentencia número 436/05, de 10 de junio, y el T.C. en su sentencia número 10/00, de 17 de enero. Consecuencia de ello es que, como se afirma en la sentencia del T.S. recién citada, el Derecho extranjero no tiene necesariamente que ser alegado y probado por las partes en el proceso para que el juzgador pueda aplicarlo a partir de la designación o remisión que al mismo haga la norma de conflicto”.

⁶⁴ AP Barcelona 06-04-2000, AC 2000\1088, considera que no puede aplicarse la institución de la separación matrimonial al súbdito marroquí, al igual que la de la misma AP de 25-04-2006, VLEX-203317911. Dice la sentencia de AP Barcelona en la sentencia de 12-11-2013, VLEX-484575038: “No estando en vigor todavía a la fecha de la demanda el Reglamento UE/1259/2010, la norma de conflicto de leyes para el divorcio viene determinada por el artículo 107.2 del Código Civil estatal (CC), que por razón de la nacionalidad común es en principio la marroquí. Sin embargo, como bien señalaba la contestación a la demanda, la inexistencia de separación en el Código de familia de Marruecos (*Mudawana*) hace aplicable la ley española según el artículo 107.2.c) CC, como hace de hecho la sentencia apelada.”

⁶⁵ Dice R. ARENAS GARCÍA *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, 2004, p. 318: “Entre estos supuestos de contrariedad con el orden público podremos incluir aquéllos casos en los que el ordenamiento permite la disolución del vínculo por la sola voluntad del esposo, negando esta misma facultad a la mujer”. Abundando en la materia, en la citada obra, nota a pie nº 585, p. 292 se realiza un estudio detenido del repudio unilateral y sus implicaciones con el orden público, decantándose el autor en el sentido apuntado. No opinan así, en cambio, G. ESTEBAN DE LA ROSA, y otros en “Las formas de disolución del matrimonio en el nuevo Código de Familia de Marruecos (2004)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 759/2008, p. 2.

62. Si el divorcio tiene lugar por discordia o *siqab*⁶⁶, al ser una fórmula a la que tienen ambos cónyuges acceso por igual y no haber diferencia alguna entre los sexos en dicha tramitación, la demanda prosperaría sin problema alguno. De hecho, es una de las modalidades de ruptura, junto con el mutuo acuerdo⁶⁷, con más fácil acogida en nuestros Tribunales

63. Más dificultad presenta el divorcio judicial causal cuya legitimación la ostenta la esposa. Ciertamente, cuando el divorcio se solicita por la esposa aludiendo a las causas relacionadas en la *Mudawana*, siempre que éstas no sean atentatorias a su dignidad, debería procederse a dar trámite a la demanda, no en vano la aplicación de la ley española llevaría a consecuencias disolutorias idénticas, amén del criterio *favor dissolutionis* que guía la aplicación de las normas extranjeras⁶⁸. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de septiembre de 2013⁶⁹ en la que se confirma la de instancia accediéndose al divorcio solicitado por la esposa alegando la causa de incumplimiento de los deberes conyugales y el abandono del hogar por más de un año, que recoge el Código de Familia marroquí⁷⁰ o de la misma AP de 10 de octubre de 2013⁷¹, que se accede al divorcio equiparando la violencia de género ejercida por el marido con el daño material o moral que, según el art. 99.2 de la *Mudawana* da derecho a la esposa a solicitar el divorcio.

64. No obstante, en algún caso, los Tribunales han optado por aplicar el Derecho español, al considerar que es atentatoria para la dignidad de la mujer la regulación marroquí en este punto. Entre ellas las sentencias de AP La Rioja 07-04-2014⁷².

⁶⁶ En el caso resuelto por sentencia de AP de Cáceres de 23-05-2012, VLEX-379075502, tras una afortunada reflexión sobre el alcance del concepto de orden público (“Hoy en día se identifica el Orden Público Internacional español esencialmente con los valores y principios constitucionales. Es por este motivo que el art. 107.2.II c) del Código Civil aclara que no sería aplicable nunca la Ley extranjera que fuera determinada con arreglo a los puntos de conexión previstos en este precepto, si tal Ley regulase la separación o el divorcio, pero de forma discriminatoria en el caso concreto contemplado para alguno de los cónyuges. Como destaca la Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de julio de 2003, “... de este modo la Norma española viene a completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación, no amparaban suficientemente a los afectados por la crisis matrimonial o simplemente se enfrentaban a los principios y garantías que configuran el orden público español...”. Debe significarse que la inaplicación de la Ley extranjera por invocación del Orden Público Internacional español ha de tener carácter restrictivo. Así se desprende de reiterada doctrina del Tribunal Supremo expuesta, entre otros, en los Autos de 23 de febrero de 1999 y 12 de mayo de 1998. No aplicar el derecho extranjero, al margen de los supuestos excepcionales que permiten dicha inaplicación, supone, además, una sentencia claudicante, no reconocible en el país de origen de los litigantes.”), resuelve aplicando la normativa prevista en la *Mudawana* para el divorcio por discordia: “Pues bien, en este caso se insta una declaración judicial de divorcio, a la que el esposo no se opuso en el acto de la vista –solo se limitó a pedir un efecto o medida del divorcio–, primera comparecencia que realizó, pues no contestó a la demanda en su momento. En consecuencia, y conforme a la legislación marroquí, rige nuestra antigua *affectio maritalis*, que resulta palmaria a través de las alegaciones de las partes y del propio recurso, en el que no hay oposición a tal pronunciamiento principal, por lo que concurre la causa genérica invocada y acreditada, conforme al art. 94 del Código de Familia marroquí, del desacuerdo o (art. 94 CF), que lleva a la Sala a acordar el divorcio de las partes conforme a su legislación común.”

⁶⁷ Por ejemplo, AP Barcelona 19-07-2013, VLEX-475079518 y la de 08-04-2014, VLEX-511528786.

⁶⁸ Sobre este criterio, J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, p. 238.

⁶⁹ VLEX 476935654

⁷⁰ En igual sentido, sentencia AP Barcelona 10-07-2014, VLEX 537272314.

⁷¹ VLEX 48206726

⁷² La sentencia 2014 VLEX511534930, es una clara muestra de la afirmación sustentada en el texto principal: “El Código de Familia marroquí, ó *Al Mudawana*, en sus artículos 78 y siguientes regula el divorcio como medio de disolución del matrimonio, pero, así como la solicitud del esposo puede ser sin causa, existiendo esta posibilidad para la esposa solo con consentimiento del esposo (artículo 89), en cambio la esposa solo puede solicitar per se el divorcio por una de las causas que previene el artículo 98 del Código de Familia, esto es, se exige la concurrencia de una de las seis causas que prevé el precepto si es la esposa la que solicita el divorcio sin consentimiento del esposo, en cambio éste puede instarlo sin que se le exija causa de disolución. La discriminación por razón de sexo resulta evidente. También se produce tal discriminación en cuanto a la previsión del divorcio revocable si se ha producido a iniciativa del marido, salvo los casos excepcionales que establece el Código de Familia, no cuando se ha producido el divorcio por iniciativa de la esposa (artículos 123 y 124). En el caso que nos ocupa, instado el divorcio por la esposa, los preceptos invocados en la demanda, artículos 81-2º y 86 del Código Civil, no encuentran correlación en *Al Mudawana*, y es que no invocada ninguna de las causas previstas en el artículo 98 del Código de Familia Marroquí, instado el divorcio solo por la esposa y sin el consentimiento del esposo, no podría este decretarse, resultando por ello aplicable la ley española, conforme

También la de AP Málaga de 22 abril de 2014⁷³, en las que subyace un concepto amplio de orden público ya superado en la doctrina más actual.

D) Las consecuencias de la ruptura y el Derecho español

65. Distinto de la tramitación del procedimiento de disolución, se encuentran los efectos de dicha disolución. Y es aquí, sin lugar a dudas, donde se ubican las mayores controversias entre ambos ordenamientos. Aun cuando expresamente el texto del art. 107,2 CC no alude a los efectos (y si lo hace el legislador al referirse a la nulidad en el párrafo 1), debemos interpretarlo de forma paralela en el sentido de afirmar que la ley en la que los cónyuges encuentran la salida a la crisis conyugal, es la que debe establecer los efectos derivados de la ruptura⁷⁴.

66. Todas las consecuencias económicas enumeradas y abordadas en el epígrafe correspondiente, podrían ser aplicadas a la esposa si, efectivamente, tuvieran lugar los presupuestos de hecho que determinan su nacimiento. Pero, entiendo, que también tendría derecho a otras no previstas en la legislación marroquí, como el uso de la vivienda familiar, atribuido de acuerdo con el art.96 CC al ex cónyuge en atención a la asunción de la guarda y custodia de los hijos menores. Incluso, cuando nuestro derecho le concede el uso temporal del inmueble al “cónyuge más necesitado de protección”, también debiera hacerse a la súbdita marroquí, si así lo solicita en el procedimiento de crisis, aunque se aplique

al artículo 8 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea nº 1259/2010, en relación con el artículo 10 del mismo, ya que El Código de Familia marroquí, ni se convino por las partes como aplicable, ni permitiría a la esposa solicitar sin causa el divorcio, además de que según el artículo 8-a) del Reglamento del Consejo de la Unión Europea nº 1259/2010, la ley española sería la aplicable, por ser la de la residencia habitual de los cónyuges al momento de la interposición de la demanda. Por tanto, aplicable el Código Civil español, procede decretar el divorcio solicitado unilateralmente por la esposa, cumplido el requisito de haber transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio, tal y como se establece en la sentencia de instancia, conforme a lo dispuesto en los artículos 81 y 86 del Código Civil”.

⁷³ VLEX 549013414. Dice la citada resolución: “la ley marroquí, el Código de Familia Marroquí, el denominado “Al Mudawana”, vigente desde el año dos mil cuatro, documento aportado como número quince a la demanda (folios 48 a 126), resulta discriminatorio, por razón de sexo, para la (ex) esposa demandante, ya que aunque dicha normativa legal reconoce el divorcio (“*taliq*”), sin embargo, establece notas diferenciales según quién sea el ejercitante de la acción, de manera que, así como el hombre puede hacer uso del repudio, donde no tiene que acreditar justificación alguna para su decisión, si como en el caso, en cambio cuando es la mujer quien insta la disolución del vínculo matrimonial, se dispone imperativo intento de reconciliación, bien realizado por juez y/o por dos árbitros nombrados al efecto, lo que se justifica por el concepto que al matrimonio dan los textos sagrados como un deber de todo musulmán y la necesidad de evitar la ruptura, y así, además, sucede ser necesario la necesaria acreditación de causa o del motivo en cuestión que justifique su voluntad de dar por finalizada la unión conyugal, es decir, así como el marido puede dar por finalizada la unión matrimonial por su mera declaración de voluntad, la mujer necesita probar una causa para poder romper el contrato matrimonial, a no ser que el marido haya manifestado su consentimiento anterior o coetáneo, lo que supone estar ambos cónyuges en desigual situación, nota de quebranto del principio de no discriminación por razón de sexo que se pone de manifiesto a su vez en el hecho de admitirse la revocabilidad del divorcio en determinados casos (como consecuencia del ejercicio del derecho de repudio por el esposo o cuando la mujer inicia procedimiento de divorcio judicial por incumplimiento del marido de la obligación de mantenerla o si ésta está desatendida como consecuencia del abandono o del juramento de incontinencia de su esposo), pero sólo a instancia del hombre, supuestos en los que la mujer, la esposa, queda a expensas de que el marido unilateralmente tome una nueva decisión, convirtiendo así el divorcio ejercitado por la mujer como una simple “llamada de atención” a que reconsidere el marido su comportamiento, que de no hacerlo, producirá como efecto la disolución del matrimonio, pero que de actuar en tal sentido, amparado por disposición legal, el efecto es paralización del divorcio y restablecimiento de las relaciones personales y sexuales, bastando con comunicar su decisión a dos adules que, a su vez, lo pondrán en conocimiento del juez, y así (i) si el motivo alegado fuera el juramento por incontinencia o el abandono, no se llega a dictar sentencia hasta que transcurrir un plazo de cuatro meses, señalado a efectos no revocatorios, sino reanudatorios de la vida matrimonial y paralizadores del procedimiento iniciado y suspendido a tales efectos, y (ii) en los demás supuestos esa comunicación provoca se deje sin efecto la sentencia de divorcio ya dictada, convivencia que en caso de no ser deseada obliga a la mujer a iniciar contra su marido, si quiere divorciarse, nuevo procedimiento por discordia o “*siqab*”, obligándole en tanto a una convivencia bajo un mismo techo, siendo consecuencia ineludible de lo expuesto que mientras que el repudio del varón es una fórmula que permite al marido disolver el matrimonio, por su mera voluntad y sin causa, sucede que también depende de su voluntad que prospere el procedimiento judicial instado por su esposa, en base a unas causas legales que se articulan sobre los derechos y deberes asumidos por el matrimonio y que el marido incumple, lo que conlleva dejar claras muestras de desigualdad y discriminación de la esposa dentro del matrimonio islámico, quebrantando así principios constitucionales básicos como el de igualdad –entre los cónyuges– (artículo 32.1) y el de no discriminación por razón de sexo (artículo 14)”.

⁷⁴ M. AMORES CONRADI, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, p. 425.

su Derecho para resolver el divorcio. El derecho a ser alimentada en caso de separación, como quiera que el procedimiento de separación matrimonial se solventa, necesariamente, por el Derecho español, no merece más comentario.

67. Ahora bien, el Tribunal español no podría aplicar las normas que regulan las consecuencias económicas de la ruptura al esposo que las solicitase, por ser normas cuyo destinatario único es la mujer. Si el marido pretendiera tener derecho a una pensión compensatoria su denegación o reconocimiento debería llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho nacional, común o foral, según el caso. En otro escenario se estaría vulnerando el orden público al negárselo sobre la base de normas discriminatorias (esta vez para el varón). Si la pretensión lo fuera en orden al uso de la vivienda familiar o al derecho de alimentos en el ámbito de una separación matrimonial, es la no regulación de ambas instituciones en el Derecho marroquí la que justifica la entrada del Derecho patrio.

68. Asimismo, en relación a las instituciones de guarda y custodia de los menores, incluida la custodia compartida, que deben activarse como consecuencias de la crisis a fin de establecer quién y cómo deben ejercerse, se resuelven de acuerdo a la ley española, pues el régimen de la *Mudawana* es altamente discriminatorio al distribuir las funciones de tutela (*wilaya*) y custodia (*hadana*) de los menores valiéndose de criterios sexistas⁷⁵.

69. No así, en cambio, el derecho de alimentos de los hijos menores que, en la mayoría de los supuestos⁷⁶, se establece de acuerdo con la normativa marroquí, aunque, en algunas ocasiones se ha aplicado la tesis jurisprudencial del “mínimo vital” para, en apelación, aumentar la cantidad fijada en la sentencia de instancia⁷⁷.

70. Poco comentario merece la liquidación del régimen económico matrimonial en los matrimonios entre súbditos marroquíes⁷⁸ cuya disolución se insta en España, pues dada la inexistencia de reglas en este sentido y que, por tanto, rige la más absoluta independencia patrimonial, no procede la aplicación de precepto algunos de nuestro Derecho en este sentido⁷⁹.

71. Muy partidarios son nuestro Tribunales a la hora de aplicar el Código de familia (concretamente el art. 84) como fundamento para determinar la cantidad indemnizatoria⁸⁰ que debe abonar el marido a la esposa conocida como “don de consolación” o *mut’á*, que asimila a la pensión compensatoria. Ciertamente, en muchos casos los Tribunales han tenido que hacer un esfuerzo interpretativo del orden público, para mantener la institución y, dentro de ella, fijar cantidades indemnizatorias a favor de la ex esposa, aun teniendo que prescindir de los criterios que el Código de familia marroquí tiene en cuenta para concretar el importe, por ser estos discriminatorios y atentatorios, por consiguiente, con el orden público español⁸¹.

⁷⁵ *El Derecho de Familia marroquí: la Mudawana 2004 desde el Derecho español*, cit. 151-179. También puede consultarse M.D. CASAS PLANES Y P. GARCÍA LÓPEZ, “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de la filiación y de la autoridad parental”, *ADC*, tomo LXVII, 2014, pp. 1254-11335, concretamente la cita es a las pp. 1297-1325.

⁷⁶ En este sentido, sentencias AP Barcelona 09-07-13, VLEX-475079146; 21-01-13, VLEX-427008930; 30-09-14, VLEX-54335670. Cuando el Tribunal accede a fijar una pensión de alimentos en interés del menor, sin mediar solicitud de parte, como es el caso de la sentencia AP Barcelona, 12-03-09, se fija aplicando, como es lógico, el Derecho catalán en aplicación del art. 9.6 CC *in fine*.

⁷⁷ Así lo hace, por ejemplo, sentencia AP Barcelona 14-10-08, VLEX-228914134; AP Tarragona, 02-05-13, VLEX-44742314

⁷⁸ Vid. mi trabajo “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español” en *Actualidad civil* n°18, pp. 2098 – 2117.

⁷⁹ Muy rotunda la sentencia AP Almería 22-07-16, VLEX-678162669. En igual sentido sentencia AP Huesca 14-12-05, VLEX-53390810

⁸⁰ También para considerar que no existe el derecho, como la sentencia AP Barcelona 07-11-07, VLEX-203797455, la de AP Huesca 24-02-10, VLEX-220160147 y la de AP Girona 02-10-14, VLEX-551697690.

⁸¹ Así sucede en la sentencia AP Huesca 07-12-11, VLEX-364259738 dice: “Respecto a la pensión compensatoria, como dijimos en nuestra sentencia de 24 de febrero de 2010, tanto si se aplica el artículo 84 del Código de Familia marroquí, conocido

72. Más controvertida es la institución de la dote y los posibles efectos jurídicos que pudiera reconocer nuestros operadores jurídicos. Una vez disuelto el matrimonio, uno de los instrumentos de los que puede valerse la esposa para conseguir una situación económica más favorable es la reclamación de la dote, si no hubiese sido pagada antes o durante el matrimonio. Como está definida y conceptuada en el Derecho islámico, la dote no puede menos que considerarse atentatoria contra la dignidad de la mujer, que tiene derecho a ella en la medida que hubiera consumado el matrimonio contraído. Desde esta perspectiva, la dote “no pasaría” el filtro de la constitucionalidad y, por consiguiente, el del orden público, que impide aplicar normas en España que lo contravenga.

73. Pero debemos ser más cautos ante tan rotundas afirmaciones. En verdad es una institución discriminatoria, como lo es el derecho al repudio del varón, pero eso no impide que puedan reconocerse sus efectos en determinados casos. El principio de actuación sintetizado en la siguiente afirmación: “la acción del orden público no debería jugar en perjuicio de la mujer musulmana”⁸² debe ser prevalente a la hora de optar por la aplicación (o no) de normas provenientes de un Derecho extranjero, como es el caso que nos ocupa. Desde esta perspectiva, la dote, en la medida que comporta una atribución patrimonial para la esposa, es una fórmula beneficiosa para ella. Aunque el ordenamiento jurídico marroquí es muy prolijo a la hora de establecer las consecuencias patrimoniales para la esposa derivada de la ruptura, en verdad, estas no tienen la entidad de las que conocemos en el Derecho occidental, por lo que la situación de una mujer divorciada en Marruecos, suele ser precaria. La dote cumple, pues, en el Derecho marroquí una función similar a la que realiza en nuestro ordenamiento jurídico la pensión alimenticia y/o a la pensión compensatoria, según las circunstancias patrimoniales de la esposa⁸³. Siguiendo este razonamiento, sea como contenido del acuerdo matrimonial donde se fijó, sea como obligación legal impuesta a consecuencia del matrimonio, deberían aceptar los Tribunales españoles⁸⁴ y al igual que otros Tribunales⁸⁵, reclamaciones de este tipo, no procediendo, pues, por los motivos aludidos, la excepción de orden público.

IV. Reflexión final

74. El Derecho de familia marroquí y el español, por obedecer a diferentes concepciones de la sociedad, se encuentran en planos distintos. No obstante, es posible percibir un acercamiento en el Derecho marroquí a parámetros occidentales de igualdad entre los sexos y entre los miembros de la familia.

con el nombre de La Mudawana [o Al Mudawwanah], en razón de la nacionalidad común de los cónyuges al momento de contraerlo (artículo 9.2 del Código civil), como si tenemos en cuenta el artículo 97 del Código civil, para fijar la compensación que el marido ha de prestar a la esposa en caso de divorcio han de tomarse en consideración la duración del matrimonio y la situación económica del esposo. No podemos valorar a tales efectos lo que el citado artículo 84 del Código de Familia marroquí denomina “los motivos del divorcio”, porque este criterio es contrario al orden público español (artículo 12.3 del Código civil).”

⁸² La frase no es nuestra sino de E. ZABALA ESCUDERO, “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam”, en la obra colectiva *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, nº VIII de 2002, Cuadernos de Derecho Judicial p. 245.

⁸³ Si la mujer no presenta una situación de necesidad, la dote debida podría cubrir la función de pensión compensatoria, si, además, concurren las circunstancias que la generan en nuestro Derecho; en cambio, si hubiera una situación de necesidad, su finalidad sería alimenticia.

⁸⁴ La SAP de Castellón de 04-012004 (AC 2004\452), ha resuelto una petición de este tipo con un resultado desfavorable para la peticionaria. De “incorrecta” califica esta resolución J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *“La inmigración islámica en España. Su problemática jurídica*, Madrid, 2007, p. 127. Tampoco accede a ello la sentencia AP Huelva 22-09-14, VLEX-559314530.

⁸⁵ En otros países del mundo occidental sí ha habido pronunciamientos sobre la dote debida reclamada por la esposa al hilo del procedimiento de divorcio o tras obtenerse el divorcio, como una consecuencia de éste. Así, por ejemplo, en EE.UU se le dota de eficacia considerándolo un contrato prenupcial; en Alemania, en cambio, se ha optado por una consideración “funcional” de la dote, reconociéndole efectos en la medida que cumple una función equiparable a la realizada por otras figuras del Derecho alemán, relacionada con los efectos económicos del matrimonio (la pensión alimenticia, un derecho de alimentos...); En el Reino Unido, de forma semejante a la jurisprudencia estadounidense, se considera a la dote como una obligación contractual accediéndose a su reconocimiento y a la obligatoriedad del esposo de pagarlo cuando no lo hubiera hecho constante matrimonio; finalmente, en Francia se le reconoce carácter contractual pero ligado al régimen económico matrimonial. Para un mayor detalle sobre el Derecho comparado vid. E. ZABALO ESCUDERO, *op. cit.* pp. 247 a 252.

Ahora bien, mientras exista esa vinculación y dependencia entre la religión y el Derecho de familia es muy difícil alcanzar logros mayores a los obtenidos en el Código de 2004.

75. Sin embargo, ello no debe impedirnos buscar fórmulas que permitan una interacción entre los dos textos normativos, sobre todo en materia de ruptura matrimonial, en las que el intérprete realizará su función teniendo como objetivos la búsqueda de soluciones que consigan obtener el resultado más beneficioso y la protección de los intereses más débiles. Con esa finalidad, hemos propuesto en este trabajo soluciones a las cuestiones enunciadas, evitando que un estricto sentido del orden público actúe como freno o impedimento para dar viabilidad a soluciones justas y equitativas.

76. El Derecho puede (y debe) ser un instrumento de integración y respeto de la multiculturalidad. Por lo que abogamos por interpretaciones favorables a la aplicación de las normas del Código de familia marroquí a los súbditos marroquíes residentes en España, buscando en ellas reglas que permitan solucionar de forma adecuada los conflictos matrimoniales que entre ellos se suscitan. Pues, esta es una vía idónea para el entendimiento y la convivencia entre ambas culturas.

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO ESTABLECIENDO
UN MARCO PARA LA EVALUACIÓN DE LAS INVERSIONES
EXTRANJERAS DIRECTAS EN LA UNIÓN EUROPEA
DE SEPTIEMBRE DE 2017

PROPOSAL FOR A REGULATION ESTABLISHING
A FRAMEWORK FOR SCREENING OF FOREIGN DIRECT
INVESTMENTS INTO THE EUROPEAN UNION
OF SEPTEMBER'17

CARLOS ESPLUGUES MOTA

LLM (Harvard), MSc (Edinburgh)

Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat de València.

Recibido: 18.01.2018 / Aceptado: 29.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4120>

Resumen: Las inversiones extranjeras han aumentado de forma constante en las últimas décadas. Sin embargo, la crisis financiera y el protagonismo de algunas economías emergentes, esencialmente China, están afectando a su vitalidad. No puede hablarse todavía un cambio de tendencia, pero sí se constata una actitud de creciente prevención, cuando no de rechazo, hacia ellas. La introducción de mecanismos de control de las inversiones extranjeras refleja este cambio de actitud. La situación alcanza una particular relevancia en el seno de la UE debido, entre otros extremos al estado embrionario de la política de inversiones común. La Propuesta de Reglamento de 2017 estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en UE cumple la doble función de poner de manifiesto la relevancia del tema y de aportar un primer texto para el debate.

Palabras clave: Inversiones extranjeras directas, control de inversiones extranjeras, seguridad nacional, política común europea de inversiones, mecanismos de control de inversiones extranjeras.

Abstract: Foreign investment flows have increased steadily in the last decades, although the financial crisis and the role played by certain emerging economies, mainly PRC, are negatively influencing them. A change of trend is not ascertainable yet, but some backlash against foreign direct investment exists in particular countries. The development of mechanisms of control of foreign investment shows this change of attitude. The situation is especially relevant in the European Union because of the embryonic condition of the Common Investment Policy. The publication of the Proposal for a Regulation establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union reflects the relevance of the topic at the same time that offers a first text for debate.

Keywords: Foreign Direct Investment, Control of Foreign Direct Investment, National Security, Common Commercial and Investment Policy, Screening systems of evaluation of foreign direct investment.

* Artículo elaborado en el marco del proyecto de investigación MINECO DER-2016-74945-R.

Sumario: I. Introducción. II. El crecimiento constante de las inversiones extranjeras directas en las últimas décadas: hacia un cambio de ciclo. 1. Premisa: cuatro décadas de éxito. 2. Un nuevo discurso en relación con las inversiones extranjeras. III. Los riesgos de la inversión extranjera directa: hacia un mayor control de las inversiones extranjeras por parte del Estado receptor de éstas. 1. Afianzamiento de una política más selectiva hacia las inversiones extranjeras. 2. Factores de potencial riesgo de las inversiones extranjeras. A) Origen de la inversión. B) Naturaleza soberana de la inversión. C) Destino de la inversión. D) Cuantía de la inversión. 3. Posibles vías de control por parte del Estado receptor de las propuestas de inversión consideradas contrarias al interés nacional del Estado receptor. A) Limitaciones de acceso al mercado nacional. B) Mantenimiento de monopolios estatales. C) Limitación de participación empresarial. D) Registro obligatorio e imposición de ciertas condiciones de conducta futura. E) Sistemas de evaluación de inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor. IV. Hacia el diseño de un mecanismo europeo de evaluación de las inversiones extranjeras. 1. Inexistencia de un modelo europeo de control y presencia de una pluralidad de sistemas nacionales en la Unión Europea. A) Algunos modelos de evaluación de las inversiones extranjeras existentes en Europa. a) El caso de Francia: la idea del “patriotismo económico”. b) Alemania: de la libre aceptación a la creciente limitación. c) Reino Unido: un sistema en proceso de cambio. 2. Hacia el establecimiento de un modelo europeo de evaluación de las inversiones extranjeras. A) Una política de inversiones común en la UE en construcción. B) Los posibles condicionantes de un sistema europeo de evaluación de las inversiones extranjeras. a) Posibles restricciones a la libre circulación de capitales y pagos: condiciones y límites. b) La compatibilidad de los modelos de control de la inversión extranjera directa con el Derecho de la Unión. 3. La propuesta de un modelo europeo de verificación y su potencial articulación con las soluciones nacionales. V. El “largo y sinuoso camino”.

I. Introducción

1. Pocos sectores han encontrado un crecimiento tan rápido y controvertido en los últimos años, como el del arbitraje en materia de protección de inversiones. Considerado por muchos como un instrumento diseñado por los países más desarrollados para salvaguardar sus intereses en los países destinatarios de sus inversiones, habitualmente economías menos desarrolladas o emergentes. El arbitraje de inversiones constituye hoy una realidad sometida a crítica y revisión en el marco de un aparente cambio de ciclo¹.

2. Si bien estas críticas se canalizan de manera inmediata y directa en las propuestas de creación de un tribunal permanente internacional de resolución de disputas en materia de arbitraje², existen otros ámbitos que puedan afectar al futuro del arbitraje de inversiones de una manera indirecta. Uno de ellos, escasamente estudiado hasta el momento, se vincula al doble factor del paulatino aumento de la prevención hacia la libre circulación de inversiones extranjeras que se observa en ciertos países, y del cambio de perspectiva que se está consolidando en algunos Estados en relación con ellas, desde la fase posterior a la realización de la inversión a la previa a su puesta en práctica. Una manifestación de este cambio es el desarrollo en un número cada vez más amplio de economías, de mecanismos de control de las inversiones extranjeras con base en su aparente riesgo para la seguridad nacional, los intereses esenciales, el orden público y similares conceptos del Estado receptor de la inversión.

3. En las próximas páginas nos focalizaremos en esta última dimensión, abordando las claves que han caracterizado la realidad de los flujos de inversión directa extranjera en las últimas décadas, en un entorno marcadamente positivo hacia éstas, y el cambio de actitud que gradualmente se está generando en relación con ellas. Seguidamente, y tras analizar los aparentes riesgos para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor que pueden llevar al establecimiento de mecanismos de control de las inversiones extranjeras, se procederá a valorar las bases sobre los que deben conformarse estos mecanismos. Concluyendo con el estudio de la situación europea, caracterizada por la presencia de una pluralidad de sistemas nacionales, y por la futura conformación de un limitado modelo europeo de control coordinado con los modelos nacionales.

¹ Vid. L.T. WELSH, “Backlash to Investment Arbitration: Three Causes” en M. WEIBEL, A. KAUSHAL, K.-H.L. CHUNG *et al*, *The Backlash Against Investment Arbitration Perception and Reality*, Alphen and den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 342-348.

² Vid. al respecto, y por todos, E. FERNANDEZ MASIÁ, “El arbitraje inversor-estado como víctima del movimiento ‘antiglobalización’”, en S. BARONA VILAR (ed.), *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 284-290.

II. El crecimiento constante de las inversiones extranjeras directas en las últimas décadas: hacia un cambio de ciclo

1. Premisa: cuatro décadas de éxito

4. La inversión extranjera directa ha crecido de manera constante desde hace cuatro décadas. A comienzos de los años 80, los flujos inversores globales sumaban en torno a los US\$ 50 millardos. Diez años después, en 1990, llegaban a los US\$ 200 millardos, y 25 años más tarde, en 2014, alcanzaron la cifra de US\$ 1.23 billones; dos tercios de la máxima cantidad lograda en 2007, al inicio de la crisis financiera³. En 2016 estos flujos habían llegado hasta los US\$1.75 billones, tras decrecer un 2% con respecto a 2015⁴. En este año de 2015, las economías más desarrolladas generaron un 55% de los flujos de inversión globales⁵, siendo la Unión Europea, en su conjunto, la mayor receptora de inversiones del planeta, así como –también– la mayor emisora de éstos⁶. Igualmente, en este mismo 2015, 5 economías en desarrollo se encontraban entre los 10 mayores receptores de inversiones del planeta⁷.

5. Varios factores determinantes han favorecido este incremento sin parangón de la inversión extranjera: por ejemplo, las favorables condiciones económicas y el diseño en la mayoría de los países de un marco regulatorio favorable a la inversión extranjera⁸, así como la existencia de políticas de promoción de ésta en gran parte de ellos⁹. A todo esto se une, además, un conjunto de datos de naturaleza y significado diversos que van desde la revolución tecnológica¹⁰, los procesos de desregulación desarrollados en muchos Estados o la liberalización del comercio internacional¹¹. Todo ello a partir de la aceptación mayoritaria de los beneficios generados por la inversión extranjera.¹²

6. Significativamente, empero, este aumento constante de los flujos de inversión mundiales ha venido acompañado de una alteración en los últimos tiempos de algunos de sus rasgos característicos:

7. En primer lugar, el origen de los flujos de inversión se ha visto profundamente alterado en estos años. La tradicional distinción entre países emisores de inversores –los países más desarrollados–

³ UNCTAD, *World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance*, New York and Geneva, United Nations, 2015, p. 25; UNCTAD, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*, United Nations, New York and Geneva, 2017, p. x.

⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*, cit., p. vii.

⁵ UNCTAD, *UNCTAD Global Investment Trends Monitor*, No. 22, Geneva, 20.01.2016, p. 1; L.S. POULSEN Y G.C. HUFBAUER, “Foreign Direct Investment in Times of Crisis”, *Transnational Corporations*, n° 20, 2011-1, pp. 21 y ss.

⁶ J. CHAISSE, “The Regulation of Sovereign Wealth Funds in the European Union: Can the Supranational Level Limit the Rise of National Protectionism?”, en K.P. SAUVANT, L.E. SACHS Y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds), *Sovereign Investment: Concerns and Policy Reactions*, Oxford, OUP, 2012, p. 462.

⁷ UNCTAD, “Global FDI Flows Slip in 2016, Modest Recovery Expected in 2017”, *Global Investment Trends Monitor*, n° 25, 1.2.2017, p. 3.

⁸ En 2014, por ejemplo, 37 Estados adoptaron 63 medidas diversas relacionadas con las inversiones extranjeras: de ellas, 43 fueron favorables a la liberalización de los flujos inversores, facilitándolos o fomentándolos. Mientras que solo 9 tendieron a restringirlo (UNCTAD, *World Investment Report 2015... cit.*, p. 102). Dos años más tarde, en 2016, 58 países adoptaron un total de 124 medidas relacionadas con las inversiones, el mayor número en una década. Si bien el número de medidas restrictivas siguió siendo reducido alcanzó un porcentaje del 20% del total, muy superior a la media de las estadísticas desarrolladas por UNCTAD desde el comienzo de los años 90 del siglo pasado (UNCTAD, *World Investment Report 2017... cit.*, p. xi).

⁹ Se habla de la existencia de unas 8000 agencias de promoción de inversiones en el mundo (P. ECONOMOU Y K.P. SAUVANT, “Recent Trends and Issues in Foreign Direct Investment 2010”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, p. 31).

¹⁰ J.D. SACHS, “Foreign Investment and the Changing Global Economic Reality” en J.E. ALVAREZ, K.P. SAUVANT, CON K.G. AHMED Y G. VIZCAINO, *The Evolving International Investment Regime Expectations, Realities, Options*, Oxford, OUP, 2011, pp. xlvii-xlix.

¹¹ A. BITZENIS, “Globalization and Foreign Direct Investment” en A. BITZENIS, V.A. VLACHOS Y P. PAPADIMITRIOU (eds), *Mergers and Acquisitions as the Pillar of Foreign Direct Investment*, New York, Palgrave MacMillan, 2012, p. 10; Y.S. LEE, “Foreign Direct Investment and Regional Trade Liberalization: A Viable Answer for Economic Development?”, *Journal of World Trade*, n° 39-4, 2005, p. 702.

¹² Vid. S. THOMSEN Y F. MISTURA, *Is investment protectionism on the rise? Evidence from the OECD FDI Regulatory Restrictiveness Index*’ *OECD Global Forum on International Investment*, OECD, Paris, 2017, p. 2.

y los receptores de éstas –los emergentes o menos desarrollados– se ha visto claramente difuminada. Algunas economías emergentes siguen siendo receptoras de capital extranjero a la vez que, sin embargo, actúan como relevantes exportadores de capital y juegan un papel destacado en el campo de las inversiones extranjeras. El supuesto de la República Popular China es muy destacado al respecto: en 2016 ocupó el tercer lugar como país receptor de inversiones con US\$139 millardos¹³, a la vez que se encontraba en el segundo lugar como emisor mundial de flujos de inversión¹⁴.

8. Junto a ello, en segundo lugar, los sectores a los que se dirige la inversión se han visto igualmente alterados. En la década de los 70 del siglo pasado, la inversión en servicios no llegaba al 25% de los flujos globales, mientras que tres décadas más tarde constituye cerca de 2/3 de la inversión extranjera directa global. Con un notable incremento de las cifras de inversión extranjera directa, en muchas ocasiones provenientes de economías emergentes, dirigida a sectores clave como energía o telecomunicaciones¹⁵.

9. A todo ello se ha unido, entre otros factores adicionales, un cambio relevante en la naturaleza del inversor. El crecimiento de los flujos inversores de los últimos tiempos está íntimamente ligado a la expansión de las llamadas sociedades multinacionales, el instrumento a través del que se canalizan la mayoría de éstos¹⁶: hoy en día son más de 80.000, con una cifra superior a las 800.000 filiales en todo el planeta¹⁷. De estas sociedades, un número escasamente relevante en términos absolutos pertenecen o son controladas por el Estado: hablamos de unas 1.500 sociedades –menos del 2% del total– que poseen más de 86.000 filiales –sobre un 10% del total de aquellas¹⁸– y que, sin embargo, juegan un papel crecientemente relevante en la realidad económica internacional.

10. Estas empresas estatales han ido adquiriendo un creciente protagonismo en la actividad inversora mundial desde el inicio de la crisis financiera en 2007¹⁹. Más de la mitad de estas 1.500 empresas estatales se encuentran localizadas en economías emergentes o menos desarrolladas, siendo China el país que cuenta con un mayor número de ellas²⁰. De hecho, las 12 empresas chinas más importantes son estatales²¹, como igualmente lo son más de la mitad de las empresas chinas presentes en el 2012 Fortune Global 500²².

11. El resultado final de estos desarrollos es que ciertas economías emergentes están en los últimos tiempos invirtiendo de forma constante y amplia en los países desarrollados, algunos de los cuales observan cómo, gracias al largo proceso de privatización desarrollado por ellos a finales del siglo pasado, importantes sectores de su economía anteriormente propiedad del Estado o controlados por éste pertenecen ahora a entidades privadas que gestionan servicios e infraestructuras calificadas en muchas ocasiones como críticas²³. Y que la posibilidad de que estos sectores caigan ahora bajo control extranjero a través

¹³ El segundo si lo unimos a Hong Kong –US\$92 millardos–, Vid. UNCTAD, “Global FDI Flows Slip in 2016...”, *cit.*, p. 3.

¹⁴ Con un total de US\$383 millardos, Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2017...*, *cit.*, p. viii.

¹⁵ K.P. SAUVANT, W. MASCHKE Y G. MCALLISTER, “Foreign Direct Investment by Emerging Market Multinational Enterprise the Impact of the Financial Crisis and Recession, and Challenges Ahead”, en K.P. SAUVANT, G. MCALLISTER Y W.A. MASCHKE (eds), *Foreign Direct Investments from Emerging Markets. The Challenges Ahead*, New York, Palgrave Macmillan US, 2010, p. 5.

¹⁶ L. PÁEZ, *Liberalizing Financial Services and Foreign Direct Investment. Developing a Framework for Commercial Banking FDI*, New York, Palgrave Macmillan, 2011, p. 30; K.P. SAUVANT Y F. ORTINO, *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*, Helsinki, Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2013, p. 17.

¹⁷ K.P. SAUVANT, *FDI Protectionism Is on the Rise, Policy Research Working Paper 5052, The World Bank Poverty Reduction and Economic Management Network*, Washington, International Trade Department World Bank, September 2009, p. 2.

¹⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2017...*, *cit.*, p. ix.

¹⁹ Vid., *State capitalism in the dock. The performance of state-owned enterprises has been shockingly bad, The Economist*, 20.11.2014 (<https://www.economist.com/news/business/21633831-performance-state-owned-enterprises-has-been-shockingly-bad-state-capitalism-dock>, visitado el 10.12.2017).

²⁰ K.P. SAUVANT, W. MASCHKE Y G. MCALLISTER, “Foreign Direct Investment...”, *cit.*, pp 3-7.

²¹ Nótese, *China's Global 500 companies are bigger than ever—and mostly state-owned, Fortune*, 22.07.2015 (<http://fortune.com/2015/07/22/china-global-500-government-owned/>, visitado el 30.12.2017).

²² L.W. LIN Y C.J. MILHAUPT, “We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China”, *Stanford Law Review*, nº 65, 2013, pp. 699-700.

²³ Una noción, la de infraestructuras críticas, que no hace sino ampliarse constantemente. Al respecto, Vid. OECD, *Protection of “Critical Infrastructure” and the Role of Investment Policies Relating to National Security*, Paris, OECD, 05.2008, p. 5.

de su adquisición por un inversor foráneo es real²⁴. Este control extranjero sobre algunos sectores de la actividad económica nacional consideradas vitales para el Estado como energía, telecomunicaciones, transporte o agua se entiende en muchos países desarrollados receptores de la inversión que puede tener implicaciones directas y negativas para su seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado²⁵.

12. Esta percepción favorece la articulación de un discurso de “securitización” que afecta a la actitud mantenida por el Estado hacia las inversiones extranjeras y el libre comercio, y modula de forma relevante la respuesta otorgada a ambas realidades. El libre comercio y los flujos inversores ya no se aproximan exclusivamente desde una perspectiva económica y, en su caso, también eventualmente social, sino que a ellas se une ahora una nueva dimensión de seguridad que, sin estar muy claro su significado último y articulación comienza a condicionar en muchos países la aproximación a, y el tratamiento de, las inversiones extranjeras.

13. La crisis económica de la última década ha favorecido que algunas de las más importantes empresas o áreas de la economía de ciertas naciones se encuentren ahora en manos de extranjeros. Inversores que no siempre proceden de países democráticos o con mercados libres, y en los que no siempre juega la idea de reciprocidad. Y, entre otras consecuencias, ello ha favorecido que un número importante de países estén explorando hoy vías para el control y prevención de ciertas operaciones de inversión con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor de la inversión²⁶.

2. Un nuevo discurso en relación con las inversiones extranjeras.

14. Los flujos inversores, como se ha apuntado, vienen hoy caracterizados tanto por la multiplicación de los actores involucrados como por el cambio de su origen y características. En concreto, la presencia de nuevos actores económicos, especialmente de empresas estatales y de fondos soberanos, abre todo un conjunto de interrogantes en los países receptores de sus inversiones en relación con ellas, con su actividad y con el objetivo último de ésta. Interrogantes jurídicos y económicos vinculados al funcionamiento poco transparente de este tipo de entidades, y con el carácter realmente comercial de sus actividades. Pero interrogantes, igualmente, de carácter político y geoestratégico que fomentan la prevención hacia ciertas inversiones foráneas²⁷.

15. Las cifras de inversiones extranjeras han crecido de manera constante en estas últimas décadas. Sin embargo, comienzan a aparecer algunos signos de crisis en relación con la actitud positiva y unidireccional mantenida durante este tiempo con respecto a las inversiones internacionales y el libre comercio. El incremento en los flujos inversores provenientes de países emergentes o en vías de desarrollo hacia países desarrollados, la creciente relevancia de los inversores soberanos, la voluntad de proteger del influjo extranjero industrias, tecnologías o sectores de la economía nacional consideradas vitales para el mantenimiento de la soberanía y competitividad económica del país receptor de la inversión del influjo extranjero, amén de la mencionada actitud negativa de importantes sectores de la población hacia la globalización y hacia los presuntos nocivos efectos socioeconómicos derivados de las adquisiciones

²⁴ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, New York/Geneva, UNCTAD, 2009, p. xv.

²⁵ *Ibid.*, p. xv.

²⁶ J. CHAISSE, D. CHAKBABORTY Y J. MUKHERJEE, “Emerging Sovereign Wealth Funds in the Making: Assessing the Economic Feasibility and Regulatory Strategies”, *Journal of World Trade*, n.º. 45, 2011-4, p. 854.

²⁷ ¿Cómo verificar que ciertas inversiones en algunos sectores estratégicos no están destinadas a controlar el mercado o a alterar su funcionamiento, favoreciendo la pérdida de control sobre ciertos recursos o empresas clave? ¿Cómo valorar que ciertas inversiones en sectores tecnológicos altamente sensibles por parte de empresas estatales extranjeras no están destinadas a transferir cierta tecnología a gobiernos potencialmente hostiles? ¿O directamente a facilitar actuaciones contrarias a la seguridad nacional del estado receptor de la inversión: por ejemplo ciberataques o actuaciones contras la infraestructuras críticas de ese Estado?. Vid. M.A. CLODFELTER Y F.M.S. GUERRERO, “National Security and Foreign Government Ownership Restrictions on Foreign Investment: Predictability for Investors at the National Level”, en K.P. SAUVANT, L.E. SACHS Y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, cit., p. 174.

de empresas nacionales por extranjeras, entre otros factores, están afectando a la tradicional posición positiva mantenida en relación con las inversiones extranjeras²⁸. Esta combinación de factores está beneficiando una rápida alteración en la posición sustentada en muchas economías respecto de las inversiones extranjeras que se desarrolla, además, en un ambiente cada vez más crítico hacia ellas. Las inversiones siguen siendo bienvenidas, pero no a todas se les coloca ya la alfombra roja²⁹.

16. Tanto la globalización como el libre comercio internacional son crecientemente aproximados con hostilidad por amplias capas de la sociedad en muchos países, incluso en los más desarrollados. Y se encuentran, igualmente, sometidas a reevaluación por ciertos gobiernos; especialmente de algunos países desarrollados, que tradicionalmente han apoyado el paradigma del libre comercio y de la libertad de inversiones. Y que son parte en un número muy relevante de acuerdos internacionales en la materia a través de los que en gran medida han conformado su entendimiento y el marco jurídico sobre el que se sustentan, beneficiándose de estas realidades durante décadas³⁰. Gobiernos que, ahora, sin embargo, comienzan a cuestionar seriamente sus consecuencias, tanto en lo relativo a la recepción de flujos inversores como a la emisión de éstos³¹.

17. Se va consolidando, así, una posición más cautelosa de los Estados en relación con las inversiones foráneas. Una posición que se refleja directamente en su marco normativo, favoreciendo un cambio de perspectiva en relación con éstas que se traduce, por ejemplo, en el diseño de mecanismos para su control con base en diversos principios y fundamentos, muchos de ellos vinculados a su potencial riesgo para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor de la inversión. La idea de fondo es la exigencia de articular un nuevo equilibrio entre la necesidad de asegurar los libres flujos de inversión en el seno de una economía internacional cada vez más abierta e interrelacionada y el derecho de los inversores a contar con un marco legal claro y estable y un nivel mínimo de protección de sus inversiones. Con el correlativo derecho del Estado a asegurar la preservación de ciertas políticas y la satisfacción de determinados objetivos en su territorio.

18. La búsqueda de este equilibrio, sin embargo, no está exenta de peligros. El mencionado discurso de “securitización” y de protección de la seguridad nacional o de los intereses esenciales del Estado, unido a la ola de nacionalismo y proteccionismo que se observan en algunos países, alimenta la tentación de ciertos gobiernos de limitar los flujos inversores hacia el extranjero, optando a la vez por una posición más selectiva en relación con la inversión extranjera. Envolviendo lo que serían medidas puramente discriminatorias o de evitación de la libre competencia, en un lenguaje de protección de la seguridad nacional.

III. Los riesgos de la inversión extranjera directa: hacia un mayor control de las inversiones extranjeras por parte del Estado receptor de éstas

19. El volumen y relevancia de los flujos inversores internacionales justificarían que éstos contasen con una regulación internacional de carácter global³². Sin embargo, a fecha de hoy siguen careciendo

²⁸ S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, OUP, Oxford 2009, p. 328.

²⁹ C. WAYMOUTH, “Is ‘Protectionism’ a Useful Concept for Company Law and Foreign Investment Policy? An EU Perspective”, en U. BERNITZ y W.G. RINGE (eds), *Company Law and Economic Protectionism New Challenges to European Integration*, Oxford, OUP, 2010, pp. 35-36.

³⁰ Algunos consideran que son ellos, en definitiva, los que favorecen con su actitud un “backlash against FDI and trigger a roll-back of investor protection and liberalization.” (K.P. SAUVANT, “Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2008-9, p. 244).

³¹ Al respecto, nótese, J.E. ALVAREZ, “Contemporary Foreign Investment Law: An “Empire of Law” or the “Law of Empire”?”, *Alabama Law Review*, n° 60, 2009, p. 970 y ss.

³² E. CHALAMISH, “The Future of Bilateral Investment Treaties: A De Facto Multilateral Agreement?”, *Brooklyn Journal of International Law*, n° 34, 2009, pp. 306-307.

de un marco jurídico claro e integral, así como de una estructura institucional desarrollada en línea con la existente en relación con el comercio internacional³³. Con posterioridad a la conclusión de la II Guerra Mundial, la búsqueda de un comercio internacional liberalizado y sin barreras dio lugar a la creación del GATT y, décadas más tarde, a la conformación de la OMC. Sin embargo, no se percibió ni se percibe, a pesar de algunos intentos aislados, una necesidad similar en relación con las inversiones extranjeras³⁴.

20. Hoy en día, el régimen jurídico internacional de las inversiones sigue caracterizándose por su carácter fragmentado en cuanto a su contenido y composición, y por la presencia de una pluralidad de fuentes, así como por su composición descentralizada y su naturaleza híbrida³⁵. La ausencia de un marco internacional global ha propiciado un intenso proceso de negociaciones bilaterales que ha conducido a la consolidación de una densa red de acuerdos sobre inversiones, tanto de carácter bilateral como regional, en un escaso período de tiempo³⁶.

1. Afianzamiento de una política más selectiva hacia las inversiones extranjeras

21. Ningún Estado ha mantenido nunca una política de aceptación sin restricciones de las inversiones extranjeras. Siempre se han impuesto algún tipo de límite. A partir de esta aseveración, y en el marco del incremento sostenido de los flujos globales de inversión extranjeras que ha caracterizado a las últimas décadas, algunos Estados y actores políticos comienzan a plantearse si, acaso, a través de la conclusión de los más de 3.000 Acuerdos internacionales sobre inversiones –tanto Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (APRIs) como Acuerdos de libre comercio con normativa sobre inversiones– el Estado no ha acabado renunciado a un volumen excesivo de soberanía, que puede, en última instancia, coartar el ejercicio de sus funciones soberanas. Máxime cuando la interpretación de estos acuerdos a través, fundamentalmente del arbitraje, ha favorecido un “regulatory chill”³⁷ en relación con distintas medidas adoptadas por el legislador nacional, que se entienden imprescindibles para alcanzar ciertos objetivos legítimos del Estado. No sólo en el campo estrictamente económico, sino en relación con otros ámbitos como puedan ser el de la salud, el medio ambiente, los Derechos Humanos o la propia salvaguarda de la seguridad nacional.

22. La regulación de las inversiones extranjeras refleja el balance entre los beneficios que el Estado receptor espera recibir de ellas, y los riesgos potenciales que le pueden generar. Y esta ecuación se encuentra crecientemente cuestionada. Especialmente en algunos países occidentales que parecen encontrarse en pleno proceso de reevaluación de los costes-beneficios de ciertas inversiones foráneas en el marco de un ambiente de creciente desconfianza hacia ellas. El resultado final es que las inversiones siguen siendo, de partida, bienvenidas, pero solo ciertas inversiones. Y que, a su vez, más y más países están diseñando instrumentos para controlarlas con base en criterios habitualmente vinculados a la idea de protección de la seguridad nacional y nociones similares. En contraste con el mantra del libre comercio y de la libre circulación de inversiones que ha caracterizado las últimas décadas, la aceptación de los flujos de inversión extranjera dejaría ahora de ser plena, viniendo calificada, y haciéndose depender de

³³ “... other than a privately ordered system of dispute settlement based on a variety of distinctive dispute settlement clauses”. Al respecto, *vid.* P.T. MUCHLINSKI, “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a ‘Multilateral Legal Order’”, *Oñati Socio-Legal Series*, n° 1-4, 2011, p. 6.

³⁴ En relación con ellos, y por todos, *Vid.* T. BROUDE, “Investment and Trade: the ‘Lottie and Lisa’ of International Economic Law?” en R. ECHANDI Y P. SAUVÉ, *Prospects in International Investment Law and Policy World Trade Forum*, Cambridge, CUP, 2013, pp 142-143.

³⁵ R.A. LORZ, “Fragmentation, consolidation and the future relationship between international investment law and general international law”, en F. BAETENS (ed), *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*, Cambridge, CUP, 2013, pp 483-484; J. PAUWELYN, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN Y J.É. VIÑUALES (eds), *The Foundations of International Investment Law Bringing Theory into Practice*, Oxford, OUP, 2014, pp 14-18.

³⁶ *Vid.*, UNCTAD, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva 2006, United Nations, pp 5-17.

³⁷ S.A. SPEARS, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, n° 13, 2010-4, pp. 1039-1040.

factores tales como el sector o industria objeto de la inversión, el carácter de ésta –directa o indirecta–, su naturaleza –puramente privada o soberana– o su origen.

23. El control de las inversiones extranjeras por parte del Estado receptor ha venido tradicionalmente vinculado al análisis de los acuerdos concluidos en relación con ellas –principalmente APRI– y, consecuentemente focalizado en su dimensión *ex post*. Esto es, una vez la inversión ha sido desarrollada en el país de destino. Sólo un número aislado de estos acuerdos, fundamentalmente los concluidos por Estados Unidos y Canadá³⁸, y más recientemente por Japón, cubren ambas dimensiones: la referida a la fase previa a la inversión y la posterior a su desarrollo. Por el contrario, la mayoría de ellos se focaliza exclusivamente en la segunda, incluyendo normas relativas a los aspectos tradicionales de la promoción y de la protección de las inversiones realizadas. Y estableciendo –se habla de que sólo un 12% del conjunto de acuerdos lo hace–³⁹ cláusulas amparando el derecho del Estado a regular y controlar los flujos de inversiones extranjeras, atendiendo al interés esencial, la seguridad nacional o el orden público, entre otros argumentos, del Estado receptor⁴⁰. Cláusulas en un gran número de casos modeladas a partir del tenor del Artículo XXI GATT o Artículo XIV bis GATS⁴¹.

24. Sin embargo, este control *ex post* de las inversiones vinculado a los acuerdos en materia de inversiones, se combina de forma cada vez más habitual en muchos Estados con soluciones focalizadas en la fase previa a la inversión. Significativamente, ello no se ha traducido en una ampliación de los sectores restringidos a la inversión foránea, sino en el establecimiento de mecanismos destinados a controlar concretas inversiones provenientes de ciertos países o dirigida a ciertos ámbitos de la economía. O que cuentan con una naturaleza soberana con base en su eventual riesgo para la seguridad nacional, los intereses esenciales o similares del Estado receptor. Mecanismos que tienden a carecer de un alcance global y se limitan a valorar tan sólo algunas de las inversiones propuestas, aquellas que se entienden que son potencialmente incompatibles con la seguridad nacional. Y cuyo objetivo último es combinar de forma equilibrada el compromiso en favor de la libre circulación de inversiones, con la necesaria preservación de ciertas áreas de la economía y sociedades en el país de destino de la inversión.

2. Factores de potencial riesgo de las inversiones extranjeras

25. La mayoría de los Estados mantiene una doble actitud frente a las inversiones extranjeras directas. De partida, la gran mayoría favorece su recepción, pero a la vez, muchos de ellos están comenzando a adoptar una posición más selectiva en relación con éstas. Las inversiones son, así, bienvenidas de partida, pero se controlan e incluso se rechazan en ciertos casos, y en relación con diversas operaciones, por su potencial riesgo para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estados receptor de la inversión.

26. La referencia a estos conceptos, conscientemente genéricos y carentes habitualmente de un significado nítido, suscita la necesidad de determinar qué inversiones pueden resultar potencialmente riesgosas para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor. En otras palabras, contra qué o contra quien se busca la protección, algo que es realizado por cada Estado de forma individual, atendida la ausencia de un marco normativo internacional común en esta materia.

27. Con independencia de la presencia de algunos criterios comunes a todos aquellas Estados que han diseñado mecanismos de evaluación y control de las inversiones foráneas por motivos de segu-

³⁸ Canada 2004 FIPA Model, art. 3 y 2012 US Model BIT, art. 3, ambos rubricados “National Treatment”.

³⁹ Vid., UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., pp. 119-121.

⁴⁰ Vid., UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., p. 72, nota 1; UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, Doc. UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Geneva, UNCTAD, 2015, p. 103.

⁴¹ Al respecto, y por todos, Vid. W. BURKE-WHITE Y A. VON STADEN, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, nº 47, 2008-2, p. 313.

ridad nacional o equivalentes, existen ciertos factores que tienden a ser ponderados en todos ellos con vistas a ponderarlas y, en su caso, a autorizarlas o denegarlas. Se habla así, entre otras circunstancias, del origen de la inversión, de su naturaleza estrictamente privada o de la participación, por contra, de un Estado extranjero, del sector donde se dirige la inversión, así como de la cuantía de ésta.

28. Cualquiera de estos elementos, bien en solitario o combinados, tiende a activar en la mayoría de las ocasiones el mecanismo de control de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional del Estado receptor. Estos datos reciben, además, un peso diferente en cada sistema y, en todo caso, ninguno de ellos es ajeno a circunstancias exógenas a la inversión, como puedan ser el debate político o la presión mediática. Los prejuicios y los estereotipos juegan también aquí un papel relevante. La alarma generada por una inversión foránea en el ámbito de la energía no es similar cuando se trata de energía nuclear o fotovoltaica, o cuando se propone por una empresa canadiense o una rusa, o cuando la inversión es realizada por el fondo soberano noruego o por uno chino.

A) Origen de la inversión

29. El origen de la inversión constituye, sin lugar a dudas, un dato esencial a valorar: ¿Contra qué inversiones hay que protegerse en el Estado receptor de éstas? La respuesta es aparentemente sencilla: lógicamente contra aquellas realizadas por inversores que provienen de ciertos países que resultan hostiles o con los que no se mantiene una relación de amistad⁴².

30. El origen foráneo de la inversión se ha vinculado tradicionalmente a la nacionalidad del inversor. Este es, de hecho, el criterio incorporado en la mayoría de los Acuerdos internacionales sobre inversiones⁴³. Esta regla, empero, plantea algunos problemas en relación con el inversor persona física⁴⁴. Y muchos más respecto de las personas jurídicas, dado que no siempre resulta fácil o fiable verificar el origen real de la inversión. Y no sólo por las dificultades que acompañan, en ocasiones, a la determinación de la nacionalidad de una sociedad sino, también y de manera creciente, debido a la estructura misma del comercio internacional que permite realidades que desdibujan el origen de la inversión –por ejemplo, el “*round-tripping*”⁴⁵ o el uso de “*Special Purpose Entities*”⁴⁶– con objeto de desarrollar ciertos proyectos inversores⁴⁷.

B) Naturaleza soberana de la inversión

31. Este origen se puede ver, además, afectado por la naturaleza de la inversión, en la medida en que el inversor se encuentre controlado por un Estado extranjero. Lo que en algunas ocasiones constituye un argumento por sí solo para determinar el potencial peligro de una inversión para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor.

32. El incremento constante de los flujos de inversión, y el cambio de su origen –de forma creciente proveniente de países emergentes o menos desarrollados, algunos de ellos con aproximaciones económicas y políticas muy distintas a las imperantes en los países desarrollados– se acompaña de un cambio en los patrones de su desarrollo. La fusión y adquisición de empresas ha devenido la forma dominante de canalización de la inversión extranjera, y algunas de estas operaciones se realizan por em-

⁴² Considérese, UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., p. 17.

⁴³ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 32.

⁴⁴ Vid. E.C. SCHLEMMER, “Investment, Investor, Nationality, and Shareholders”, en P.T. MUCHLINSKI, F. ORTINO Y CH. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 70-74.

⁴⁵ Esto es, “when funds that have been channeled abroad by resident investors are returned to the domestic economy in the form of direct investment.” (OECD, *Implementing the latest international standards for compiling foreign direct investment statistics. FDI Statistics by the Ultimate Investing country*, Paris, OECD, Paris, 3.2015, p. 2.

⁴⁶ Vid. OECD, *Impact of Investment Restrictive Measures on Investment*, Paris, OECD, 15.06.2015, p. 6.

⁴⁷ Considérese al respecto, E.C. SCHLEMMER, “Investment, Investor, Nationality, and Shareholders”, cit., pp. 75-86; TH. POLLAN, *Legal Framework for the Admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, pp. 47-49.

presas estatales o fondos soberanos. Ambos instrumentos aparecen vinculados a, y controlados por, un Estado lo que les dota de una doble personalidad como actores públicos que, al menos en teoría, desarrollan actividades privadas con no siempre objetivos privados desde una perspectiva puramente comercial.

33. Ninguna de ellos, por otro lado, constituyen realidades desconocidas en el ámbito de la economía o de las inversiones. Ambos han existido desde hace décadas, pero ha sido el activo papel jugado por ellos en la economía global lo que ha puesto en alerta a algunos Estados en relación con la naturaleza de su actividad y su control potencial de, o influencia en, ciertos sectores claves de la economía. Fundamentalmente en los países más desarrollados, donde tuvieron un papel muy relevante a la hora de salvar determinadas entidades financieras de distintos países de la quiebra⁴⁸. Es el papel jugado por las empresas estatales y los fondos soberanos en los tiempos más recientes, así como la potencial influencia sobre sus objetivos y actividades por parte de los Estados extranjeros que directa o indirectamente los poseen o controlan, los que han creado dudas en los países receptores de sus inversiones en relación con el objetivo real de la inversión realizada: hasta qué punto se trata de operaciones estrictamente comerciales o responden a razones políticas o geo-estratégicas⁴⁹. Dudas que se acrecientan al atender a su estructura interna y a los criterios de gestión de estas realidades, no siempre conocidos ni transparentes, y no necesariamente acordes con las reglas de libre competencia y libre mercado.

C) Destino de la inversión

34. Un tercer elemento a considerar es el destino de la inversión. Por razones diversas, el Estado receptor de la inversión puede desear retener el control de ciertas áreas de su economía o impedir que algunas empresas de especial renombre o relevancia puedan caer bajo el control de inversores extranjeros, no siempre pertenecientes a países amigos. De partida, los servicios tienden a ser más restrictivos que la industria manufacturera a efectos de admitir inversiones foráneas⁵⁰. Y, de hecho, dentro de los propios servicios existen contrastes relevantes en relación con su aceptación. En muchos casos los servicios son considerados como “estratégicos” o sensibles para el país receptor, de ahí que la discriminación hacia la inversión dirigida a ellos no se basa, o al menos no lo hace exclusivamente, en criterios económicos o comerciales, sino también en motivos relacionados con la seguridad nacional o con los intereses esenciales del Estado receptor. E, incluso, en ciertos casos, en posiciones estrictamente de nacionalismo económico o ideas proteccionistas.

D) Cuantía de la inversión

35. Por último, la cuantía de la inversión resulta igualmente determinante a la hora de activar el sistema de control de las inversiones extranjeras. Se entiende necesario concretar qué grado de involucración ha de llegar a tener el inversor extranjero en una concreta empresa del Estado receptor para valorar su potencial riesgo para la seguridad nacional de éste. Si resulta necesario ser el propietario total de la empresa, si basta contar con un control efectivo de ésta o con cierto nivel de derechos de voto. Y, además, como se verifica y determina todo ello. Estas cuestiones se resuelven por cada Estado de manera individual, existiendo una pluralidad de respuestas al respecto en los diversos modelos nacionales⁵¹.

⁴⁸ En 2007 un conjunto de fondos soberanos de Singapur, Kuwait o Corea del Sur inyectaron gran parte de los US\$21 millones requeridos por Merrill Lynch y Citicorp para evitar la quiebra. Al respecto, Vid. D. W. DREZNER, “Sovereign Wealth Funds and the (In)security of Global Finance”, *Journal of International Affairs*, nº 62, 2008-Fall/Winter, p. 115 y ss.

⁴⁹ R. AVENDAÑO Y J. SANTISO, “Are Sovereign Wealth Fund Investments Politically Biased? A Comparison with Mutual Funds”, en K.P. SAUVANT, L.E. SACHS Y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds), *Sovereign Investment: Concerns and Policy Reactions*, cit., p. 222; V. BARBARY Y B. BORTOLOTTI, “Sovereign Wealth Funds and Political Risk: New Challenges in the Regulation of Foreign Investment”, en Z. DRABEK Y P. MAVROIDIS (eds), *Regulation of Foreign Investment Challenges to International Harmonization*, Singapore, World Scientific, World Studies in International Economics (Vol. 21), New York, Columbia University, 2013, p. 309.

⁵⁰ S.S. GOLUB, *Measures of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD Countries*, OECD Economic Department Working Papers, No. 357, Paris, OECD Publishing, 2003, p. 16.

⁵¹ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., pp. 24-25.

36. Si tradicionalmente se han destacado en relación con las inversiones extranjeras los problemas estrictamente sociales y económicos relacionados con las negativas consecuencias derivadas del traslado de sede de la sociedad adquirida, la pérdida de puestos de trabajo que puede generar o el cambio de su gestión. En los últimos tiempos se comienzan a destacar, también, algunos riesgos generados por las inversiones extranjeras directas relacionados con la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor; al menos, aquellos generados por inversiones provenientes de ciertos países y/o dirigidas a algunos concretos sectores de la economía. Se habla así de, al menos, tres peligros de índole diversa que justificarían la existencia de mecanismos de control del riesgo que para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor puedan suponer ciertas inversiones foráneas⁵².

- 1) El primer peligro potencial para la seguridad nacional o los intereses esenciales de un Estado derivado de una fusión o adquisición de una empresa nacional por otra extranjera, alude a la posibilidad de que el país en que ésta radica devenga dependiente de un proveedor de bienes o servicios que se consideran cruciales para el normal funcionamiento del Estado receptor, que ahora está controlado por un inversor extranjero. Y que esta dependencia pueda dar lugar a retrasos, negativas o imposición de condiciones a la provisión de ciertos bienes o servicios por parte de la empresa extranjera⁵³. Para que este riesgo fuera plausible resultaría imprescindible que el sector industrial en el que actúa la empresa estuviera rígidamente concentrado, con un número reducido de proveedores sustitutivos y elevados costes derivados del cambio de proveedor⁵⁴.
- 2) La segunda categoría de peligros refiere a aquellas fusiones y adquisiciones que puedan potencialmente implicar una transferencia de ciertas tecnologías o conocimientos a una entidad controlada por capital extranjero que podría, posteriormente, ser utilizada por dicha empresa, o por un gobierno extranjero, de forma contraria a los intereses nacionales del país receptor de la inversión⁵⁵. Al igual que en el caso anterior, la verificación del eventual peligro depende ampliamente de la disponibilidad del concreto producto tecnología o práctica involucrada, así como del impacto de la adquisición sobre aquellos que lo pretenden⁵⁶.
- 3) Finalmente, una tercera categoría de peligros surgen de las fusiones y adquisiciones susceptibles de generar cierta capacidad de infiltración, vigilancia o sabotaje en la prestación de determinados servicios o bienes, que se entienden cruciales para el normal funcionamiento de la economía del país receptor de la inversión⁵⁷.

37. El sector económico al que se dirige la inversión, así como su origen, cuantía o naturaleza son elementos determinantes a tener en consideración a la hora de evaluar la compatibilidad de la inversión con la seguridad nacional, el interés nacional o nociones similares del Estado receptor de la inversión. Junto a ello es imprescindible, también, que el objetivo de la inversión resulte “crítico” para la economía nacional. En todo caso, será necesario verificar si los potenciales proveedores alternativos son fáciles de conseguir y si lo son, además, en condiciones similares, tomando en consideración no sólo el mercado nacional, sino también el global⁵⁸.

38. A partir de estos tres peligros, y dejando de lado el potencial impacto económico o político que puedan tener la adquisición de una empresa nacional por otra extranjera, resulta imprescindible diferenciar al valorar las concretas operaciones de inversión propuestas, entre lo que en sentido estricto

⁵² Al respecto, TH.H. MORAN, “Foreign Acquisitions and National Security: What are Genuine Threats? What Are Implausible Worries?”, en Z. DRABEK Y P. MAVROIDIS (eds), *Regulation of Foreign Investment Challenges to International Harmonization*, cit., pp. 372-373. También, TH. HANEMANN Y D.H. ROSEN, *China Invests in Europe Patterns, Impacts and Policy Implications*, New York, Rhodium Group, June 2012, pp. 60-61.

⁵³ TH.H. MORAN, *Chinese Foreign Direct Investment in Canada: Threat or Opportunity?*, Ottawa, Canadian Council of Chief Executives/Conseil Canadien des Chefs d’Enterprise, March 2012, pp. 5-6.

⁵⁴ TH.H. MORAN, “Foreign Acquisitions and National Security...”, cit., p. 373.

⁵⁵ TH.H. MORAN, *Chinese Foreign Direct Investment in Canada...*, cit., p. 6.

⁵⁶ TH.H. MORAN, “Foreign Acquisitions and National Security...”, cit., p. 378.

⁵⁷ TH.H. MORAN, *Chinese Foreign Direct Investment in Canada...*, cit., p. 6.

⁵⁸ TH.H. MORAN, “Foreign Acquisitions and National Security...”, cit., p. pp. 283-285.

constituyen auténticos riesgos para la seguridad nacional, el orden público o los intereses esenciales del Estado receptor de la inversión y las que no lo son, constituyendo meras excusas para justificar la adopción por parte del Estado de algunas medidas proteccionistas. En este sentido, la OCDE ya señaló en 2006 que los “Issues of security and other strategic concerns have moved to the forefront of domestic and international investment policy making”⁵⁹ y alertó recientemente tanto sobre la práctica de un “hidden protectionism” por parte de algunos Estados, como del abuso de políticas protectoras basadas, entre otros factores, en la protección de la seguridad nacional o factores de similar índole⁶⁰.

3. Posibles vías de control por parte del Estado receptor de las propuestas de inversión consideradas contrarias al interés nacional del Estado receptor

39. Los Estados están diseñando normas sobre inversiones que, de forma creciente, toman en consideración la dimensión de seguridad que les acompaña. Se articulan así medidas de diferente naturaleza en relación con la entrada, valoración y, en su caso, aprobación de las inversiones⁶¹, cuyo objetivo es defender sus economías frente a lo que ellos puedan considerar como propuestas de inversión poco deseables.

40. Tradicionalmente estas medidas han estado muy vinculadas a la red de acuerdos internacionales en materia de inversiones en vigor y, consecuentemente, muy focalizadas en la fase posterior a la realización de éstas. Sin embargo, el foco se ha trasladado en los últimos tiempos a la fase previa a la realización de la inversión, reflejando la existencia de una poderosa tendencia a reconocer a los Estados capacidad plena para decidir qué inversiones extranjeras desean y cuáles no. En este sentido se mantienen en algunos países normas sobre limitación de propiedad, así como mecanismos para controlar la futura actividad de la inversión eventualmente autorizada. Igualmente, y tal como pone de manifiesto el *World Bank's Survey Investing Across Borders in 2010*, una quinta parte de los 87 países analizados en el estudio requieren que las compañías extranjeras superen un proceso de aprobación de la inversión antes de poder llevarla a cabo en ciertos sectores de la economía. Y cerca de un 90% de ellos limita la capacidad de las sociedades extranjeras de participar en diversos sectores de la economía nacional, con la presencia de límites más estrictos cuando se trata de servicios⁶². Adicionalmente, los Estados prevén también la posibilidad de sujetar la inversión al cumplimiento de distintas condiciones una vez la inversión sea llevada a la práctica⁶³.

A) Limitaciones de acceso al mercado nacional

41. La prohibición, total o parcial, de acceso de las inversiones extranjeras en ciertos sectores sensibles de la economía constituye la restricción más obvia de todas las posibles. Los Estados pueden prever que determinados sectores de la economía nacional, o ciertas empresas que se entiendan estratégicas por motivos diversos, permanezcan cerrados a la inversión extranjera⁶⁴. La práctica refleja que aquellos sectores más restringidos son los considerados “highly sensitive to national security or national sovereignty considerations”⁶⁵. De esta suerte, los sectores vinculados a la seguridad y al ámbito militar han estado tradicionalmente limitados a la inversión extranjera, aunque se trata, sin embargo, de una realidad cambiante en la que otros, como telecomunicaciones o energía, están consolidándose⁶⁶.

⁵⁹ OECD, *International Investment Perspectives. 2006 Edition*, Paris, OECD, 2006, p. 32.

⁶⁰ OECD, *Roundtable on Freedom of Investment 20. 19 March 2014 Summary of Roundtable discussions by the OECD Secretariat*, Paris, OECD, 2014, p. 9.

⁶¹ M. GÖTZ, “Pursuing FDI Policy in the EU - Member States and Their Policy Space”, *Journal of Economics and Political Economy*, nº 2, 2015-2, p. 291.

⁶² INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES WORLD BANK GROUP, *World Bank's Survey Investing Across Borders 2010. Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies*, Washington, World Bank, 2010, p. 8.

⁶³ B. DE MEESTER, *International Legal Aspects of Sovereign Wealth Funds: Reconciling International Economic Law and the Law of State Immunities with a New Role of the State*, Leuven Centre for Global Governance Studies Institute for International Law, Working Paper No 20, Leuven. January 2009, p. 14 y ss.

⁶⁴ Vid. TH. POLLAN, *cit.*, pp. 58-61.

⁶⁵ S.S. GOLUB, *cit.*, p. 24.

⁶⁶ S. SOTHMANN, “Let He Who Is Without Sin Cast the First Stone: Foreign Direct Investment and National Security Regulation in China”, *Indiana International & Comparative Law Review*, nº 19, 2009, p. 205; S. THOMSEN Y F. MISTURA, *cit.*, p. 6.

42. Una prohibición total de las inversiones resulta hoy en día bastante irreal. Generalmente refieren a concretos sectores de la economía o específicas industrias y afectan tanto a los países desarrollados como a los menos desarrollados⁶⁷. De hecho, estas limitaciones sectoriales constituyen medidas bastante habituales, redactas generalmente “in grandiose, but vague terms” y dotadas de diversa gradación⁶⁸. Su objetivo es proteger la seguridad nacional, la seguridad económica nacional, las industrias estratégicas o realidades y nociones similares frente al control extranjero.

43. Junto a esta limitación, total o parcial, de titularidad extranjera de determinados sectores o empresas, también el número de inversores foráneos admitidos en un concreto sector económico puede verse limitado por el Estado receptor⁶⁹.

B) Mantenimiento de monopolios estatales

44. Otra forma de preservar algunos sectores de la economía o empresas considerados críticos o estratégicos para el Estado frente a la inversión extranjera es a través del mantenimiento de monopolios estatales en ámbitos particularmente sensibles de la economía. Se trata, de nuevo, de ámbitos habitualmente vinculados a la provisión de algunos servicios básicos: las telecomunicaciones, transporte y mantenimiento de infraestructuras, transporte de petróleo y derivados y gas, redes eléctricas o transmisión de aguas son ejemplos paradigmáticos de ellos.

C) Limitación de participación empresarial

45. Ciertos países introducen la exigencia de que la inversión incorpore la participación de socios nacionales o se canalice a través de *joint ventures*, o han establecido limitaciones de participación o de voto en empresas vinculadas a ciertas áreas de la economía⁷⁰. Si bien su eficacia plantea algunas dudas, no deja de tratarse de una de las formas más habituales de control de la inversión foránea⁷¹. Estas limitaciones se encuentran presentes habitualmente en el sector del transporte, bancos y finanzas, recursos naturales y energía así como telecomunicaciones⁷².

46. A su vez, en algunos países subsiste igualmente la presencia de “acciones de oro” para evitar la adquisición de ciertas sociedades, generalmente antiguas empresas públicas ahora privatizadas, por parte de inversores extranjeros no deseados⁷³.

D) Registro obligatorio e imposición de ciertas condiciones de conducta futura

47. Adicionalmente a las medidas anteriores, el Estado receptor de la inversión puede igualmente condicionar la aceptación de la inversión al cumplimiento de determinadas conductas o condiciones

⁶⁷ J. KURTZ, “A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, nº 243-, 2002-3, pp. 725-726.

⁶⁸ J.W.SALACUSE, *The Three Laws of International Investment. National, Contractual and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford, OUP, 2013, p. 94. También, P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, OUP, 2ª ed., 2007, pp. 179-180.

⁶⁹ J. KURTZ, *cit.*, p. 725.

⁷⁰ P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises..., cit.*, pp. 192-201.

⁷¹ S. THOMSEN Y F. MISTURA, *cit.*, p. 4. Por ejemplo, el Acuerdo de cielos abiertos entre los EE.UU. y la UE de 30.4.2007 (limita explícitamente la posibilidad de que los ciudadanos o empresas de la UE controlen más de un 25% de cualquier compañía aérea americana (Decisión del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo de 25 abril 2007 relativa a la firma y la aplicación provisional del Acuerdo de transporte aéreo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos de América, por otra (2007/339/CE), DOUE L 134 de 25 mayo 2007, p. 1, Anexo 4, art. 1).

⁷² Nótese E. GRAHAM Y D.M. MARCHICK, *U.S. National Security and Foreign Direct Investment*, Washington, Institute for International Economics, 2006, pp.13-14.

⁷³ Vid. A. HEINEMANN, “Government Control of Cross-Border M&A: Legitimate Regulation or Protectionism? Control of Cross-Border M&A”, *Journal of International Economic Law*, nº 15, 2012-4, p. 852; TH. POLLAN, *cit.*, pp. 61-62;

para su futura puesta en práctica. Condiciones generalmente vinculadas a la exigencia de colaboración local, requerimientos de capitalización, objetivos de exportación, participación de capital nacional, o de mano de obra local en su funcionamiento, dirección y gestión, presencia de un número concreto de nacionales o residentes en su consejo de administración y similares⁷⁴. Estas medidas, cuya eficacia real es –una vez más– controvertida, pueden adoptarse de manera independiente o venir vinculadas a alguna otra condición⁷⁵. En concreto, y en relación con los sistemas de evaluación de las inversiones con base en la seguridad nacional del país receptor, pueden ser independientes de éstos, o incluirse en un futuro acuerdo alcanzado en el marco del proceso de evaluación de la propuesta de inversión.

48. Igualmente, el Estado receptor puede exigir un previo registro de determinadas inversiones ante una concreta autoridad pública, destacando sus características, la naturaleza del proyecto y su cuantía⁷⁶.

E) Sistemas de evaluación de inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor

49. Sin embargo, la novedad hoy en día en este sector temático es el creciente recurso a mecanismos de verificación de ciertas inversiones con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional, los intereses esenciales o conceptos similares del Estado receptor. Ello se plasma en el diseño de distintos sistemas de autorización de inversiones en algunos países del globo, que no necesariamente vienen vinculados al destino de la inversión, a su naturaleza o a su cuantía⁷⁷. Este tipo de mecanismos, que existieron en su día en algunos países socialistas o en vías de desarrollo⁷⁸, se reproducen ahora en ciertas economías desarrolladas, habitualmente con fundamentos y motivos diversos a aquellos modelos originales, y con un ámbito, de partida, mucho más limitado. Se trata, hoy, de instrumentos acotados en su objetivo que, de base, no merman el apoyo de los países que los adoptan a la idea de libre circulación de inversiones.

50. Todos estos sistemas se articulan sobre criterios diferentes, pero comparten la misma idea de proveer al Estado con un instrumento eficaz para la protección de ciertas empresas o sectores de la economía, de una inversión extranjera que, por sus características, se entiende que puede generar riesgos para la seguridad nacional o los intereses esenciales del país receptor⁷⁹. Hasta qué punto todas estas medidas se adoptan en última instancia con la finalidad de preservar determinados sectores de especial interés para el Estado del control extranjero, o de ciertos inversores provenientes de concretos países o, por el contrario, constituyen medidas adoptadas con el objeto oculto de preservar algunos ámbitos de la economía nacional de la competencia de extranjeros es algo que deberá ser evaluado caso por caso⁸⁰.

⁷⁴ S.S. GOLUB, *cit.*, p. 8; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, CUP, 3ª ed., 2010, pp. 92-115.

⁷⁵ G. LONG, “China's policies on FDI: review and evaluation”, en TH.H. MORAN, E.M. GRAHAM Y M. BLOMSTRÖM (eds), *Does foreign direct investment promote development?*, Washington, Institute for International Economics, 2005, p. 315.

⁷⁶ Por ejemplo, en EE.UU. la adquisición por un inversor extranjero de más de 10 acres de tierra agrícola exige una previa comunicación al Departamento de Agricultura (Vid. UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *Report to the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, U.S. Senate, Sovereign Wealth Funds. Laws Limiting Foreign Investment Affect Certain U.S. Assets and Agencies Have Various Enforcement Processes*, GAO-09-608, Washington DC, mayo de 2009, pp. 16, 25 y Appendix II). También en Australia los inversores extranjeros, incluyendo los inversores soberanos, deben registrar su titularidad ante el fisco, independientemente del valor de la tierra (Vid. AUSTRALIAN GOVERNMENT / THE TREASURER, *Australia's Foreign Investment Policy*, Canberra, 1 enero 2016, p. 7).

⁷⁷ K.P. SAUVANT, “Is the United States Ready for FDI from China? Overview”, en K.P. SAUVANT (ed), *Investing in the United States Is the US Ready for FDI From China?*, *Studies in International Investment*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2009, p. 10.

⁷⁸ Vid. al respecto, I.F.I. SHIHATA, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, nº 8, 1994, pp. 49-50, especialmente las notas a pie 9 y 10.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 52-54.

⁸⁰ OECD, *Building Trust and Confidence in International Investment. Report by countries participating in the “Freedom of Investment” Process March 2009*, Paris, OECD, 2009, p. 10.

51. Los instrumentos de evaluación y notificación de las inversiones extranjeras que tienen como objeto controlar los flujos de inversión con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional, los intereses esenciales o similares argumentos del Estado receptor están deviniendo muy populares en un gran número de países⁸¹. Distintos Estados, tanto en vías de desarrollo como desarrollados, están concienciados acerca de la necesidad de proteger ciertas industrias o áreas de su economía de algunas inversiones, o tipos de inversiones extranjeras, y para ello están recurriendo crecientemente a este tipo de mecanismos⁸². En algunos países se proyectan como un último recurso, únicamente aplicable cuando no existe ninguna otra normativa que permita impedir la inversión –este sería el supuesto de Estados Unidos–, mientras que, en la mayoría de los casos, por el contrario, estos mecanismos se diseñan adicionalmente a otras respuestas normativas presentes en el ámbito del Derecho de la competencia o del societario –la República Popular China o el Reino Unido serían buenos ejemplos de ello–.

52. Los distintos mecanismos articulados toman habitualmente en consideración el sector donde se prevé la inversión, su cuantía o la naturaleza –pública o privada– de ésta, entre otros posibles criterios⁸³. La evaluación se desarrolla caso por caso por el propio gobierno o por una agencia especializada –que, en ocasiones, es independiente– con el objeto de verificar si la inversión proyectada genera riesgos, o no, para la seguridad nacional o los intereses esenciales del Estado receptor. La relevancia final de estos mecanismos depende, en última instancia, de las bases sobre las que se articulen y los objetivos que pretendan, así como de la flexibilidad que acompañe a su aplicación.

53. El Estado, en suma, ve reconocido su derecho a paralizar o impedir ciertos proyectos de inversión que generan potenciales problemas de seguridad nacional⁸⁴. En todo caso, este reconocimiento debe hacerse sin afectar a los derechos y expectativas de los inversores y asegurando un alto grado de previsibilidad, transparencia y exigibilidad del modelo diseñado. Ello implica, en última instancia, que en aquellos casos en que alguna medida pueda ser considerada necesaria para salvaguardar la seguridad nacional, el orden público o los intereses esenciales del Estado receptor de la inversión, los Estados deberían asegurarse que las medidas adoptadas lo son sin implicar ningún carácter discriminatorio, y respetando los principios de transparencia, proporcionalidad y responsabilidad⁸⁵. En esta tarea, la línea entre la protección de legítimos objetivos públicos y el proteccionismo no es fácil siempre de determinar. La elasticidad de gran parte de las nociones utilizadas al conformar estos sistemas crea inevitablemente el riesgo de ocultar ciertos objetivos proteccionistas.⁸⁶

54. Como se ha avanzado ya, ahí radica precisamente una de las claves a considerar a la hora de abordar estos esquemas de control. La distinción entre la necesidad de proteger al Estado frente a inversiones que, como las que afectan a ciertas infraestructuras críticas pueden afectar a su seguridad nacional, de la mera promoción de algunas empresas –“campeones nacionales”– o la protección de ciertos sectores de la actividad económica o empresas de la competencia de inversores extranjeros⁸⁷.

55. Sin embargo, a partir de este punto de partida, existen múltiples posibles combinaciones. En algunos casos, como ocurre en Estados Unidos, la evaluación puede realizarse atendiendo a las potenciales implicaciones que la inversión pueda tener, de manera global, para la seguridad nacional del país. Sin tomar en consideración el montante de la inversión, su naturaleza o el sector al que va dirigido. En otros supuestos, por el contrario, puede combinar requisitos de cantidades o de control y, eventualmente, otras exigencias como, en el caso de Canadá, generar “net benefit to Canada”⁸⁸. El supuesto de Japón, por

⁸¹ Considérese, UNCTAD, *World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges*, New York y Geneva, United Nations, p. 96.

⁸² Al respecto, P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises...*, cit., pp. 202-205.

⁸³ M.A. CLODFELTER Y F.M.S. GUERRERO, cit., pp. 175-177.

⁸⁴ UNCTAD, *Investment Policy Framework...*, cit., p. 8.

⁸⁵ OECD, *Building Trust and Confidence...*, cit., p. 5.

⁸⁶ K.P. SAUVANT, *FDI Protectionism Is on the Rise...*, cit., p. 14.

⁸⁷ K.P. SAUVANT Y F. ORTINO, cit., p. 38.

⁸⁸ M.A. CLODFELTER Y F.M.S. GUERRERO, cit., pp.178-179.

ejemplo, es significativo. El Artículo 27.3.i.a) y b) de la *Foreign Exchange and Foreign Trade Act* permite al Ministro de Finanzas evaluar cualquier inversión extranjera que pueda potencialmente menoscabar la “seguridad nacional”, afectar al mantenimiento del “orden público”, obstaculizar la protección de la “seguridad pública” o tener un efecto adverso para la buena gestión de la “economía japonesa”. Ninguno de estos amplios, y vagos, términos viene definido en la Ley y el gobierno se ve atribuido un amplísimo grado de discreción a la hora de evaluar y, en su caso aceptar, la inversión propuesta. A él le corresponde en última instancia ponderar su política de apertura a las inversiones foráneas con su correlativo deseo de contar con un nivel de flexibilidad suficiente como para impedir inversiones extranjeras no deseadas.

IV. Hacia el diseño de un mecanismo europeo de evaluación de las inversiones extranjeras

1. Inexistencia de un modelo europeo de control y presencia de una pluralidad de sistemas nacionales en la Unión Europea

56. Los distintos Estados miembros de la Unión Europea han sido tradicionales receptores de inversión extranjera, algo que no ha estado exento de tensión en algunos momentos. Su origen planteó ya importantes problemas políticos en la década de 1960 con el capital americano, y en la de 1990 con el capital japonés y coreano. Ahora, y quizás debido a la crisis financiera que ha asolado el continente en los últimos años, los distintos Estados miembros de la Unión están convirtiéndose en un destino favorito para las inversiones foráneas, especialmente para aquellas provenientes de la República Popular China⁸⁹.

57. Durante algún tiempo estas inversiones han sido especialmente bienvenidas como una forma de salvar ciertas industrias y múltiples puestos de trabajo en un período crítico para la economía europea. De hecho, hasta el momento actual el clima en relación con las inversiones extranjeras, incluidas las chinas, ha sido mucho más positivo y favorable, en todos los sentidos, en Europa que en otros países como Estados Unidos o Australia⁹⁰. Sin embargo, aparentemente esta situación comienza a cambiar, especialmente en lo referente a las inversiones originarios de la República Popular China.

58. En 2016 la inversión china en Europa creció un 77% alcanzando los €35 millardos. A pesar de que en cantidades globales sigue siendo reducida⁹¹ comienza a crecer la preocupación sobre el posible control de importantes sectores de la economía europea por parte de empresas de ese país, muchas de ellas estatales, generándose dudas sobre el carácter realmente comercial, y no político o geoestratégico, de estas inversiones⁹². Adicionalmente, la persistencia de limitaciones formales o informales para el acceso al mercado chino por parte de empresas europeas irrita a muchos países de la Unión Europea, apoyando la percepción de la ausencia de una auténtica reciprocidad entre ambos mercados⁹³. Todo ello está determinando que la posición originariamente favorable a la entrada de capital extranjero, en este caso el chino, esté alterándose y virando hacia una posición de mucha mayor prevención en el continente. Y que diversos Estados de la Unión estén diseñando mecanismos de control de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para su seguridad nacional, su orden público, sus intereses esenciales o conceptos similares.

59. Todos estos sistemas de evaluación de las inversiones extranjeras se articulan sobre principios y objetivos propios y dan lugar a modelos profundamente diversos que, a su vez, plantean la doble

⁸⁹ Vid. H. ZHANG Y D. VAN DEN BULCKE, “China’s Direct Investment in the European Union: A new Regulatory Challenge?”, *Asia Europe Journal*, nº 12, 2014, p. 161; TH. HANEMANN Y D. H. ROSEN, *cit.*, pp. 32-48.

⁹⁰ Al respecto, S. MEUNIER, “A Faustian bargain or just a good bargain? Chinese foreign direct investment and politics in Europe”, *Asia Europe Journal*, nº 12, 2014-1, p. 144.

⁹¹ J. HELLSTRÖM, *China’s Acquisitions in Europe. European Perceptions of Chinese Investments and their Strategic Implications*, FOI-R--4384-SE, Stockholm, Swedish Defence Research Agency, diciembre 2016, p. 22.

⁹² Vid. S. MEUNIER, *cit.*, pp. 146-148; TH. HANEMANN Y D. H. ROSEN, *cit.*, pp. 59-60.

⁹³ Vid., *Chinese foreign investments up 40 percent to record in 2016: study, Reuters*, 14.01.2017 (<https://www.reuters.com/article/us-china-investment-europe/chinese-foreign-investments-up-40-percent-to-record-in-2016-study-idUSKBN14V28P>, visitado el 10 enero 2018).

cuestión de la eventual compatibilidad con el Derecho de la Unión de este tipo de mecanismos, y de la necesidad de contar con un modelo europeo de control, distinto al de los Estados miembros pero, eventualmente, articulado con éstos.

A) Algunos modelos de evaluación de las inversiones extranjeras existentes en Europa

a) El caso de Francia: la idea del “patriotismo económico”

60. Francia ha sido tradicionalmente un país abierto a las inversiones extranjeras, a la vez que muy atractivo para éstas. En 2016, por ejemplo, 3 nuevas inversiones extranjeras tuvieron lugar cada día en el país⁹⁴, y pocos años antes –en 2012– se hablaba de que más de 20.000 sociedades constituidas en Francia recibieron inversiones extranjeras, siendo responsables de un 30% de las exportaciones francesas, y de más de un 20% del gasto empresarial francés en I+D+I francés.

61. Esta posición de apertura hacia la inversión foránea, sin embargo, convive con la presencia de un control limitado de éstas por parte del Gobierno francés, basada en el mantenimiento de una política de “*patriotisme économique*”⁹⁵, que busca asegurar la existencia de empresas de referencia francesas. Ello se traduce en que las propuestas de fusión y adquisición de ciertas empresas francesas por parte de inversores extranjeros son retrasadas o, en última instancia, bloqueadas a la vez que se busca activamente un inversor de referencia francés⁹⁶.

62. Esta postura encuentra un reflejo directo en el régimen legal francés. Así, la creciente prevención frente a inversiones extranjeras en sectores sensibles de la economía gala han motivado la promulgación de dos recientes Decretos referidos a la evaluación de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional de Francia: el *Décret n° 2014-479 du 14.05.2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable*⁹⁷, un Decreto denominado de patriotismo económico y que fue aprobado con objeto de evitar que la americana General Electric adquiriese la división de energía de Alstom⁹⁸. Y, más recientemente, el *Décret n° 2017-932 du 10.05.2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises*⁹⁹ que ha introducido ciertos cambios en el sistema de evaluación de las inversiones extranjeras. Estos Decretos complementan las disposiciones generales

⁹⁴ BUSINESS FRANCE, *The International Development of the French Economy. 2016 Annual Report: Foreign investment in France*, Saint-Denis, Business France, 2017, p. 2.

⁹⁵ A. HEINEMANN, *cit.*, p. 849. En relación con el concepto de “patriotisme économique”, Vid. B. CARAYON, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, Paris, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 2003, p. 11.

⁹⁶ Nótese, por ejemplo, el intento de adquisición por la suiza Novartis de la empresa franco-alemana Aventis en 2004, que fue bloqueada con base en la salvaguarda del interés nacional francés (*Raffarin pressed to stay neutral, The Guardian*, 7 marzo 2004, <https://www.theguardian.com/business/2004/mar/27/france.internationalnews>, visitado el 10 enero 2018-) a la vez que se fomentaba su adquisición por la francesa Sanofi (*Aventis makes formal proposal to Novartis, The Pharma Letter*, 14 abril de 2004, <https://www.thepharmaletter.com/article/aventis-makes-formal-proposal-to-novartis>, visitado el 10 enero 2018). Igualmente, la propuesta de adquisición de Alstom, que se encontraba casi en estado de quiebra en 2003, por la alemana Siemens fue igualmente bloqueada y se buscó una alternativa al ser adquirida por el grupo francés Bouygues (A. HEINEMANN, *cit.*, p. 849). Lo mismo ocurrió en 2006 con el rechazo a la adquisición de Suez por la italiana ENEL, favoreciéndose su fusión con la francesa EDF (*Suez-GDF: les raisons d'une fusion, Le Monde*, 1 marzo 2006, http://www.lemonde.fr/economie/chat/2006/02/28/suez-gdf-les-raisons-d-une-fusion_746224_3234.html, visitado el 10 enero 2018). Más recientemente esta actitud se ha observado en la toma de control del astillero nacionalizado STX de Saint-Nazaire (Loire-Atlantique) por la italiana Fincantieri y las condiciones impuestas por el gobierno francés para autorizar esta adquisición (*Le montage subtil de l'Elysée pour céder le contrôle des chantiers STX à Fincantieri, Le Monde*, 27 septiembre 2017, http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/09/27/stx-macron-invente-la-privatisation-a-l-elasticite_5192124_3234.html, visitado el 10 enero 2018).

⁹⁷ JORF, de 15 mayo 2014.

⁹⁸ “En réalité, plus que la philosophie de ce décret, ce qui a choqué certains cercles, c'est son usage explicitement destiné à un cas d'espèce (Alstom)”. Vid. al respecto, *Au fait, c'est quoi ce décret sur les “investissements stratégiques”?*, *Le Monde*, 16 mayo 2014, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/05/16/au-fait-c-est-quoi-ce-decret-sur-les-investissements-strategiques_4419342_4355770.html, visitado el 10 enero 2018). Igualmente, *Alstom: l'Etat signe un décret de “patriotisme économique”*, *Le Monde*, 14 mayo 2014, http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/05/14/l-etat-s-arme-pour-protoger-les-industries-strategiques_4418777_3234.html, visitado el 10 enero 2018.

⁹⁹ JORF, de 11 mayo 2017.

del *Code Monétaire et Financier* (CMF) cuyas soluciones se basan en la premisa de que “les relations financières entre la France et l'étranger sont libres”¹⁰⁰.

63. Este marco normativo consagra la existencia de un necesario, a la vez que limitado, control gubernamental de las inversiones extranjeras. Lo que implica que, de partida, no se requiera autorización por parte del Ministerio de Economía para la inversión foránea, salvo que ésta se dirija a alguno de los sectores “sensibles” previstos por el legislador nacional. En tal sentido, el Artículo L 151-3(I) CMF, y tanto si la inversión proviene de otro país de la UE como de fuera de ella, aunque en uno y otro caso varíen las condiciones aplicables, exige la previa autorización por parte del Ministro de Economía, de cualquier inversión soberana realizada en Francia, o que se refiera a ciertas actividades señaladas por el precepto. Básicamente vinculadas al sector tecnológico, de la seguridad, de los productos de doble uso, de empresas que tengan acceso a secretos oficiales o del juego, con exclusión de los casinos. Y que puedan afectar al orden público, la seguridad pública o los intereses de la defensa nacional o la inversión, producción o comercialización de municiones, armas y explosivos¹⁰¹.

b) Alemania: de la libre aceptación a la creciente limitación

64. El supuesto alemán difiere sensiblemente de la situación existente en Francia. Alemania ha mantenido tradicionalmente una posición positiva y abierta hacia las inversiones extranjeras. Sin embargo, esta actitud se ha visto alterada desde finales de la primera década del Siglo XXI, como consecuencia de la crisis económica. Así, el gobierno alemán ha decidido incluir un conjunto de normas dedicadas a controlar las inversiones extranjeras destinadas a adquirir, de forma total o parcial, determinados activos empresariales alemanes en ciertos sectores de la economía que impliquen, como regla general, que “*el porcentaje directo o indirecto de los derechos de voto del adquirente en la empresa local*” alcance o exceda del “25% de los derechos de voto”¹⁰². Significativamente, y en contraste con lo que ocurre en Francia, no hay norma alguna prevista en relación específicamente con la inversión soberana extranjera.

65. Durante mucho tiempo se entendió que la *Außenwirtschaftsgesetz*¹⁰³ (AWG) y la normativa en materia de Derecho de la competencia recogida en el *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*¹⁰⁴ (GWB) eran suficientes para controlar las inversiones extranjeras y su incidencia en la economía alemana¹⁰⁵. No obstante, a partir de 2009 el enfoque se modificó y, a pesar de la ausencia de una posición unánime en relación con la introducción de nuevas normas de control de inversiones, el gobierno alemán procedió, en 2013, a reformar la AWG y a incorporar la *Außenwirtschaftsverordnung*¹⁰⁶ (AWV), estableciéndose límites a las inversiones extranjeras en ciertas áreas de la economía.

66. Sin embargo, lejos de amainar, la preocupación sobre el tema –en concreto, sobre las inversiones provenientes de China– se ha incrementado en los últimos años. Distintas operaciones recientemente realizadas por empresas estatales chinas en relación con empresas alemanas líderes en el sector tecnológico –del Grupo Kion por Weichai, en 2012; de Putzmeister por Sany o de Hilite por AVIC Electromechanical, en 2014, y sobre todo de Kuka, empresa alemana de referencia en el sector de la robótica, por Midea, en 2016, con una prima de más del 60%, entre otras– han generado una profunda preocupación y un enorme malestar en Alemania, al entenderse que muchas de estas operaciones no hubieran sido posibles en China de acuerdo con la legislación de este país.

¹⁰⁰ X. DELPECH Y E. ROYER, “Investissements étrangers en France: la France réagit”, *Dalloz Actualité*, 19 mayo 2014, p. 1.

¹⁰¹ Junto a ello, la legislación francesa prevé, igualmente, el control de las inversiones foráneas por parte de la Autorité de la Concurrence, tal como establece el Artículo L430-2 *Code de Commerce*.

¹⁰² S. 56.1 AWV. Nótese también la S.56.3 AWV.

¹⁰³ BGBl I S. 1482

¹⁰⁴ BGBl I S. 1066

¹⁰⁵ SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG, *Das Erreichte nicht verspielen. Jahresgutachten 2007/08*, Wiesbaden, Statistisches Bundesamt, 2007, pp. 386 & 415.

¹⁰⁶ BGBl I S. 2865

67. Fruto directo de ello ha sido la reforma de la AWV en julio de 2017, a través de la promulgación de la *Neunte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung*¹⁰⁷. Entre otras medidas, la reforma identifica ciertas áreas de la economía alemana en las que se considera que la inversión puede implicar un riesgo para el orden público o la seguridad de Alemania. E introduce, como consecuencia de ello, una obligación de notificación para los inversores de fuera de la EU y de la EFTA. Entre ellas, y de acuerdo con la Sección 4 de la AWV, se encuentran las operaciones vinculadas al funcionamiento de infraestructuras críticas o para el desarrollo o modificación de *software* para el funcionamiento de éstas, operaciones vinculadas al diseño y práctica de medidas para el control de las telecomunicaciones, operaciones relativas al diseño o provisión de servicios de computación en nube, o relativas a la fabricación o provisión de piezas y componentes relacionados con las infraestructuras telemáticas. El resultado de esta evaluación puede conducir al bloqueo de la inversión, o a su autorización con condiciones de conducta futura¹⁰⁸.

c) Reino Unido: un sistema en proceso de cambio

68. También el Reino Unido se encuentra cada vez más concienciado sobre el tema de la evaluación los flujos inversores provenientes de ciertos países, o dirigidos a determinados sectores de la economía del país. El modelo británico se ha caracterizado, hasta ahora, por la inexistencia de un mecanismo de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional del Reino Unido. Sin embargo, el gobierno tiene capacidad para bloquear concretas transacciones que pueda considerar contrarias al interés nacional del país¹⁰⁹. Habitualmente, y como ocurre en otros Estados, se trata de aquellas dirigidas a sectores tecnológicos, a las infraestructuras o a los recursos naturales.

69. El modelo combina, así, normas sobre acceso al mercado¹¹⁰, con la existencia de acciones de oro¹¹¹ y, fundamentalmente, con determinadas reglas de Derecho de la competencia en relación con la fusión y adquisición de empresas¹¹².

70. Sin embargo, el incremento constante de la inversión extranjera, especialmente proveniente de China y canalizada, en muchos casos, a través de inversores soberanos, está haciendo cambiar esta situación de apertura hacia la inversión foránea, planteando la conveniencia de que se introduzca un mecanismo de evaluación de ésta con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional del Reino Unido. En este sentido, en julio de 2016, en su campaña para el liderazgo del Partido Conservador, la Primera Ministra Teresa May señaló con claridad que, una “...proper industrial strategy wouldn’t automatically stop the sale of British firms to foreign ones, but it should be capable of stepping in to defend a sector that is as important as pharmaceuticals is to Britain.”¹¹³. En esta misma línea, en octubre de 2017, se ha hecho público por el Department for Business, Energy and Industrial Strategy, un Green Paper sobre “*National Security and Infrastructure Investment Review. The Government’s review of the national security implications of foreign ownership or control*”¹¹⁴, a partir del cual se espera diseñar este mecanismo de control en un Reino Unido ya fuera de la Unión Europea.

¹⁰⁷ BAnz AT, 17.07.2017 V1

¹⁰⁸ S. 62.1 AWV.

¹⁰⁹ UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *Report to the Honorable Richard Shelby, Ranking Member, Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, U.S. Senate. Foreign Investment. Laws and Policies Regulating Foreign Investment in 10 Countries*, GAO-08-320, Washington Febrero 2008, p. 99.

¹¹⁰ Vid. M. ZERDIN, “United Kingdom”, en M. ZERDIN (ed), *The Mergers and Acquisitions Review*, London, Law Business Research Ltd., London, 9ª ed., 2015, p. 776.

¹¹¹ UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *cit.*, p 102.

¹¹² A. SEELY, *The UK competition regime*, London, House of Commons Library, Briefing paper nº 04814, 9 noviembre 2015, p. 13; A. SEELY, *Takeovers: the public interest test*, London, House of Commons Library, Standard Note SN5374 (last updated 16.01.2015), pp. 5-9.

¹¹³ *TEXT-Key excerpts from the leadership launch of Britain’s Theresa May*, Reuters, 11 julio 2016 (<https://uk.reuters.com/article/britain-eu-may/text-key-excerpts-from-the-leadership-launch-of-britains-theresa-may-idUKL8N19X3G9>, visitado el 3 enero 2018).

¹¹⁴ <https://www.gov.uk/government/consultations/national-security-and-infrastructure-investment-review>, visitado el 4 enero 2018.

2. Hacia el establecimiento de un modelo europeo de evaluación de las inversiones extranjeras

71. La Unión Europea carece hasta el momento de un modelo de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para el orden público o la seguridad pública. Ello, que ha sido fruto directo del especial marco normativo europeo en materia de inversiones, comienza ahora a variar al compás de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la creciente prevención existente en el continente hacia determinadas inversiones extranjeras, especialmente las provenientes de China.

A) Una política de inversiones común en la UE en construcción

72. Hasta 2009 el marco legal de las inversiones extranjeras en la Unión Europea se ha caracterizado por su enorme fragmentación debido, en gran medida, a la compleja división de competencias entre la Unión y los Estados miembros¹¹⁵. Sólo desde esa fecha, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consiguiente extensión de la Política Comercial Común al ámbito de las inversiones, la Unión ha obtenido, por primera vez, competencia plena en materia de inversión extranjera directa¹¹⁶.

73. El objetivo último del ejercicio de esta competencia es fortalecer la posición de la Unión Europea como actor relevante en la economía internacional y contribuir, “*en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo.*”¹¹⁷. Sin embargo, el diseño y conformación de la política común europea en materia de inversiones se encuentra todavía en proceso de construcción, y su configuración final requerirá todavía de algún tiempo¹¹⁸. Junto a ello, la interrelación entre el marco legal diseñado para la política comercial común en el área de las inversiones extranjeras directas y otras áreas del Derecho de la Unión con un ámbito personal y material diverso, como son el derecho de establecimiento y la libertad de circulación de capitales y pagos¹¹⁹, puede dar lugar a controversias y dudas en relación con el entendimiento final y amplitud de la competencia atribuida a la Unión en materia de inversiones, y a su “progresiva” puesta en práctica¹²⁰.

74. En este sentido, el Artículo 207.6 TFUE deja claro que el ejercicio de las competencias exclusivas conferidas a la Unión “*no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización.*”¹²¹ De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión, en su Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017¹²² aborda dos cuestiones

¹¹⁵ F. WEISS Y S. STEINER, “The investment regime under Article 207 of the TFUE – a legal conundrum: the scope of ‘foreign direct investment’ and the future of intra-EU BITs”, en F. BAETENS (ed), *cit.*, pp. 357-359; J. TAVASSI, “The EU Investment Policy: How to ensure a fair regulation of the concerned interests?”, *The Journal of World Investment & Trade*, nº 13, 2012, p. 645; F. ORTINO Y P. EECKHOUT, “Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment”, en A. BIONDI, P. EECKHOUT Y S. RIPLEY (eds), *EU Law after Lisbon*, Oxford, OUP, 2012, p. 313; A. BEVIGLIA ZAMPETTI Y C. BROWN, “The EU Approach to Investment”, en Z. DRABEK Y P. MAVROIDIS (eds), *Regulations of Foreign Investment. Challenges to International Harmonization*, Singapore, World Scientific, 2013, pp. 421-436, en relación con la situación anterior a 2009.

¹¹⁶ Vid. art. 207.1 TFUE –ex art. 133 TCE–. Nótese, entre otros, S. WOOLCOCK, “EU Trade and Investment Policymaking After the Lisbon Treaty”, *Intereconomics Review of European Economic Policy*, nº 45, 2010-1, pp. 22-23; C. BROWN Y C. ALCOVER-LLUBIÀ, “The External Investment Policy of the European Union in the Light of the Entry into Force of the Treaty of Lisbon”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-11, pp. 46-148 o R. LEAL-ARCAS, “The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *Journal of World Investment & Trade*, nº 11, 2010, pp. 507-508.

¹¹⁷ Art. 206 TFUE. Considérese, A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty. Investment Liberalization v. Investment Protection?”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-11, pp. 180-181; R. LEAL-ARCAS, *cit.*, pp. 464 y 478.

¹¹⁸ A. BEVIGLIA ZAMPETTI Y C. BROWN, *cit.*, p. 420.

¹¹⁹ Con base en el art. 207.6 TFUE. Vid. A. DIMOPOULOS, *cit.*, pp. 78 y 97-98.

¹²⁰ Al compás del mandato del art. 276 TFUE.

¹²¹ Vid. R. YOTOVA, “The new EU competence in foreign direct investment and intra-EU investment treaties: does the emperor have new clothes?”, en F. BAETENS (ed), *cit.*, pp. 389-391.

¹²² Dictamen TJUE 16 mayo 2017, Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376.

que habían generado un abundante debate hasta el momento¹²³: la definición de inversión extranjera directa, recordemos, aquella sobre las que la Unión posee competencia exclusiva, y la delimitación del ámbito efectivo de inversiones extranjeras directas cubiertas por el mencionado Artículo 207.6 TFUE.

75. De esta suerte, en primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo apoya de manera explícita la exclusión de las inversiones indirectas –las denominadas inversiones de cartera– de la competencia exclusiva de la Unión, permaneciendo como competencia compartida con los Estados miembros¹²⁴. Con respecto a la extensión de la competencia atribuida, el Alto Tribunal apuesta por una interpretación amplia de la competencia otorgada a la Unión en relación con la inversión extranjera directa, al señalar, entre otros extremos, que el “*el artículo 207 TFUE apartado 1, alude con carácter general a los actos de la Unión en materia de “inversiones extranjeras directas” sin establecer ninguna distinción en función de que se trate de actos que tenga por objeto la admisión o la protección de dichas inversiones*”¹²⁵.

B) Los posibles condicionantes de un sistema europeo de evaluación de las inversiones extranjeras

76. En este entorno se suscita la cuestión del diseño por parte de la Unión de un sistema de control de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para el orden público o la seguridad pública. La creación de este sistema europeo genera, junto a la problemática de definir su objetivo y funcionamiento, la doble cuestión de su compatibilidad con el Derecho de la Unión, y de su eventual articulación con los diversos sistemas nacionales de control diseñados por los Estados miembros.

a) Posibles restricciones a la libre circulación de capitales y pagos: condiciones y límites.

77. Como punto de partida, el Artículo 63 TFUE prohíbe explícitamente cualquier restricción de la libre circulación de capitales y pagos, entre Estados miembros y entre éstos y terceros países. De acuerdo con este precepto, la libre circulación de capitales incluye flujos relacionados, tanto con las inversiones extranjeras directas como con las inversiones de cartera. Esta regla general se exceptiona con posterioridad, sin embargo, en los Artículos 64, 65 y 66 TFUE que prevén la posibilidad de adopción de ciertas restricciones a estos principios por los Estados miembros, con base en diferentes motivos que, eso sí, deben ser interpretados de forma restrictiva¹²⁶. Junto a esto, además, es necesario que las medidas adoptadas con base en ellos no constituyan “*ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63*” TFUE¹²⁷.

78. En todo caso, la aplicación de esta regla y, consecuentemente, de cualquier medida que pueda “*afectar o hacer menos atractivo*”¹²⁸ el ejercicio de cualquier libertad fundamental garantizada por el TFUE debe cumplir cuatro condiciones fijadas por la jurisprudencia del TJUE: “*que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*”¹²⁹.

¹²³ Al respecto, W. SHAN Y SH. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law*, nº 21, 2010-4, p. 1059.

¹²⁴ Dictamen 2/15, *cit.*, nº 81.

¹²⁵ *Ibid.*, nº 87.

¹²⁶ Vid. C. HJÄLMROTH Y S. WESTERBERG, *The Contribution of Trade to a New EU Growth Strategy Ideas for a More Open European Economy, Part I A Common Investment Policy for the EU*, Stockholm, Kommerskollegium - National Board of Trade, sin año, pp. 11-12; M. TRYBUS, “The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutiny of Defence and Security Exceptions”, *Common Market Law Review*, nº 34, 2002, p. 1350.

¹²⁷ Art. 65.3 TFUE. Vid. A. DIMOPOULOS, *cit.*, p. 77.

¹²⁸ STJUE 30 noviembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, nº 37.

¹²⁹ *Ibid.* El propio Tribunal de Luxemburgo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2006, en el asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* –STJUE 22 diciembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774– afirma la posible existencia de diferentes niveles de justificación en relación con las potenciales restricciones de capital procedentes de terceros países, o de otros miembros de la Unión: “*no cabe excluir que un Estado miembro*

b) La compatibilidad de los modelos de control de la inversión extranjera directa con el Derecho de la Unión

79. El derecho de la Unión a regular los movimientos de capital y pagos entre los Estados miembros y entre estos y terceros países –incluidos el derecho de la Unión y de los Estados miembros de adoptar algunas restricciones justificadas y limitadas de ellos– y su relación con las inversiones extranjeras fue ya abordada por el Tribunal de Luxemburgo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en un momento en que la Unión carecía de competencia exclusiva en la materia. En concreto, el Alto Tribunal aproximó esta cuestión en su sentencia de 14 de marzo de 2000 en el asunto C-54/99, *Eglise de scientologie*, en relación con la compatibilidad con el Derecho europeo de algunos regímenes nacionales “*de autorización previa para las inversiones susceptibles de afectar al orden público, seguridad y salud públicas*”¹³⁰.

80. En tal sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión aceptó la compatibilidad de estos sistemas nacionales con los Artículos 63 y 65.3 TFUE siempre que cumplieren determinadas condiciones. De partida, el Tribunal aceptó que cualquier normativa que sujete las inversiones extranjeras directas a algún tipo de evaluación constituye una restricción de la libre circulación de capitales de acuerdo con el Artículo 63.1 TFUE¹³¹. Pero a su vez admite su compatibilidad con el Derecho de la Unión en tanto en cuanto el sistema designado asegure ciertos principios básicos. En tal sentido, exige que cualquier sistema que eventualmente se pueda diseñar satisfaga altos estándares en términos de previsibilidad, transparencia y proceso debido¹³². Y ello significa, en suma:

- 1) Que cualquier sistema diseñado debe dirigirse exclusivamente a la protección de intereses generales legítimos.
- 2) Así como prever períodos estrictos para el ejercicio de los poderes de oposición a la inversión prevista.
- 3) Igualmente deben especificarse los concretos bienes previstos y las decisiones de gestión objeto de análisis.
- 4) A su vez, el sistema diseñado debe contar con criterios objetivos y estables y estar sometido a una efectiva revisión por los tribunales¹³³.

Todo ello implica, en última instancia, que las específicas circunstancias requeridas para someter una propuesta inversora a evaluación deben estar definidas, y ofrecer al inversor afectado indicaciones con relación a las específicas circunstancias en las que se requiere autorización previa. Y ello hasta el punto de permitir a los inversores ser conscientes de la extensión de sus derechos y obligaciones, a la vez de asegurar la virtualidad del principio de seguridad jurídica¹³⁴. Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva debe ver reconocida la posibilidad de recurso¹³⁵.

- 5) Junto a los principios sobre los que debe articularse todo sistema de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad pública o el orden públi-

pueda demostrar que una restricción de los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, está justificada por una razón determinada, en circunstancias en las que dicha razón no supondría una justificación válida de una restricción de movimientos de capitales entre Estados miembros.” (nº 71). Nótese igualmente, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión. La inversión intracomunitaria en el sector de los servicios financieros (2005/C 293/02)*, DOUE C 293 de 25 noviembre 2005, p. 2.

¹³⁰ STJUE 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie*, C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, nº 13.

¹³¹ *Ibid*, nnº 14 y 15.

¹³² S. HINDELANG, *cit.*, p. 242.

¹³³ Considérese la STJUE 1 octubre 2009, en el asunto C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, ECLI:EU:C:2009:593, que exige que la normativa articuladora del modelo “*esté fundada en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que establezcan suficientemente los límites de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales*” (nº 39).

¹³⁴ STJUE 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie*, *cit.*, nnº 21 y 22.

¹³⁵ *Ibid*, nº 17.

co, la ponderación de la inversión eventualmente realizada en el marco del sistema diseñado debe ser acorde con el Artículo 65.1.b) TFUE que, recordemos, constituye una excepción al mandato del Artículo 63.1 TFUE. En relación con ello, el Tribunal de Justicia considera como una premisa que los Estados miembros son libres “*para definir las exigencias del orden público y de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales*”¹³⁶. Pero, en la medida en que estos requerimientos constituyen derogaciones de los principios fundamentales de libre circulación de capitales, deben ser interpretados de forma “*estricta*”, y su alcance no puede ser determinado de manera “*unilateral*” por cada Estado miembro “*sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad*”¹³⁷.

81. En línea con esta posición, “*el orden público y la seguridad pública sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad ... Por otra parte, no se puede alterar la función propia de dichas razones para servir, en realidad, a fines puramente económicos*”¹³⁸. Consecuentemente, las medidas que restringen la libre circulación de capitales pueden ser justificadas con base en el “orden público”, la “seguridad pública” o motivos similares solamente si resultan necesarias para la protección de ciertos intereses precisos que se desea salvaguardar, y únicamente en la medida en que tales objetivos no puedan ser obtenidos a través de medidas menos restrictivas¹³⁹. En todo caso, estas medidas “*no deben ir más allá de lo que resulta necesario para alcanzar ese objetivo*”¹⁴⁰.

82. En el supuesto concreto del control de las inversiones extranjeras directas con base en su potencial riesgo para el orden público o la seguridad pública se acepta que la dificultad en identificar y bloquear el capital foráneo una vez éste ha accedido al Estado miembro “*puede imponer la necesidad de impedir en el origen las operaciones que atentan contra el orden público o la seguridad pública*”, impidiendo por lo tanto que se lleven a cabo¹⁴¹.

83. El Tribunal de Justicia de la Unión no ha aportado una concreción del significado de los conceptos de “orden público” o de “seguridad pública” en relación específicamente con el Artículo 65.1.b TFUE. Sin embargo, de su práctica jurisprudencial se deriva que la referencia a ambas nociones debe interpretarse de forma restrictiva¹⁴², y que no cabe atribuirles un significado discrecional –“*self-judging*”–¹⁴³. En este sentido, de acuerdo con el Tribunal, el concepto de “orden público”, “*requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una*

¹³⁶ *Ibid*, nº 17.

¹³⁷ *Ibid*, nº 17. Igualmente, STJUE 4 junio 2002, *Comisión / Francia*, C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327, nº 48 o STJUE 13 mayo 2003, *Comisión / España*, C-463/00, nº 72.

¹³⁸ STJUE 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie, cit.*, nº 17. In similar sense, STJUE 16 enero 2003, *Comisión / Italia*, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30, nº 22; STJUE 17 marzo 2005, *Kranemann*, C-109/04, ECLI:EU:C:2005:187, nº 34 o STJUE 11 septiembre 2008, *Comisión / Alemania*, C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492, nº 60.

¹³⁹ STJUE 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie, cit.*, nº 18. Nótese, A. JONES Y J. DAVIES, “Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate”, *European Competition Journal*, nº 10, 2014-3, p. 474.

¹⁴⁰ STJUE 11 octubre 2007, *ELISA*, C-451/05, ECLI:EU:C:2007:594, nº 82; STJUE 31 marzo 1993, *Kraus / Land Baden-Württemberg*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, nº 32, o STJUE 21 diciembre 2011, *Comisión / Polonia*, C-271/09, ECLI:EU:C:2011:855, nº 58.

¹⁴¹ STJUE 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie, cit.*, nº 20. De hecho, el Alto Tribunal considera que “en caso de inversiones extranjeras directas que supongan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, un régimen de declaración previa puede resultar insuficiente para disipar tal amenaza”. (nº 20). No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión ha admitido de forma expresa, en relación con el significado atribuible a estos términos, que la “*mera adquisición de una participación que se eleve a más de un 10 % del capital social de una sociedad que opere en el sector de la energía o cualquier otra adquisición que confiera una influencia significativa sobre dicha sociedad constituya, por sí misma, una amenaza real y suficientemente grave para le seguridad del aprovisionamiento*” (STJUE 26 marzo 2009, *Comisión / Italia*, C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193, nº 48).

¹⁴² STJUE 9 junio 1982, *Comisión / Italia*, 95/81, ECLI:EU:C:1982:216, nº 26; STJUE 28 octubre 1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, 36/75, ECLI:EU:C:1975:137, nº 27 o STJUE 6 noviembre 1984, *Kohl / Ringelhan*, 177/83, ECLI:EU:C:1984:334, nº 19.

¹⁴³ STJUE 28 octubre 1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur, cit.*, nº 27; STJUE 4 diciembre 1974, *Van Duyn / Home Office*, 41/74, ECLI:EU:C:1974:133, nº 18 o STJUE 4 octubre 1991, *Richardt*, C-367/89, ECLI:EU:C:1991:376, nº 19.

amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad."¹⁴⁴. Mientras que seguridad pública referiría a los intereses fundamentales de un Estado miembro de mantener servicios públicos esenciales y a la salvaguarda del funcionamiento de las instituciones¹⁴⁵. Tanto la noción de orden público como de seguridad pública serían, de esta suerte, conceptos que aluden a materias de carácter no económico¹⁴⁶ y no militar¹⁴⁷ y que incluirían, por ejemplo, tanto la seguridad interior como la "seguridad exterior de un Estado miembro"¹⁴⁸.

84. En todo caso, y tal como se ha avanzado antes con carácter general, cualquier medida adoptada con base en estas nociones en relación con el eventual control de las inversiones extranjeras debe estar justificada "por circunstancias objetivas, que obedezcan a las exigencias de la seguridad pública"¹⁴⁹, y "debe interpretarse de manera que no extienda sus efectos más allá de lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar"¹⁵⁰.

85. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo ocasión de valorar el anterior sistema francés de evaluación de las inversiones foráneas en su ya mencionada Sentencia de 14 de marzo de 2000, en el asunto C-54/99, *Eglise de scientologie*. A pesar de tratarse de forma diferente por el legislador francés a los inversores provenientes de la Unión de los que no lo son, y de su aparente compatibilidad con el Artículo 64 TFUE, el sistema articulado en su momento por el *Décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger*¹⁵¹ fue considerado por el Tribunal de Justicia de la Unión, como contrario al Derecho de la Unión.¹⁵² El Tribunal de Justicia entendió que el Decreto contravenía el principio de seguridad jurídica en la medida en que no permitía a los inversores afectados por el sistema pergeñado conocer las exactas circunstancias que conducían a la exigencia de previa autorización de la inversión programada.

86. El Decreto requería esta previa autorización para toda inversión extranjera directa que pudiera potencialmente representar un peligro para el orden público y la seguridad pública de Francia, sin aportar mayor detalle al respecto. El Tribunal de Luxemburgo afirmó, que "..., se exige la autorización previa para toda inversión extranjera directa "que pueda afectar al orden público o a la seguridad pú-

¹⁴⁴ STJUE 27 octubre 1977, *Regina / Bouchereau*, 30/77, ECLI:EU:C:1977:172, n° 35. En similares términos, STJUE 28 octubre 1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, cit., n° 28 o STJUE 26 noviembre 2002, Oteiza Olazabal, C-100/01, ECLI:EU:C:2002:712, n° 39. En relación con la noción de normas de orden público, Vid. STJUE 23 noviembre 1999, *Arblade*, C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, n° 30.

¹⁴⁵ STJUE 10 julio 1984, *Campus Oil*, C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256, n° 35. En relación con ambos conceptos, Vid. S. HINDELANG, cit., pp. 225-228.

¹⁴⁶ STJUE 19 diciembre 1961, *Comisión de la CEE / Italia*, 7/61, ECLI:EU:C:1961:31, p. 329, letra D; STJUE 28 octubre 1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, cit., n° 30; STJUE 4 junio 2002, *Comisión / Portugal*, C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, n° 52. El Tribunal matiza esta afirmación en su ya citada Sentencia 10 julio 1984 en el asunto *Campus Oil*, apuntando que "Como ha declarado reiteradamente...es cierto que el objetivo del artículo 36 no consiste en la salvaguardia de intereses de índole económica. En efecto, no se puede autorizar a ningún Estado miembro a eludir los efectos de las medidas que prevé el Tratado con el pretexto de dificultades económicas causadas por la eliminación de obstáculos al comercio dentro de la Comunidad. No obstante, habida cuenta de la magnitud de las consecuencias que para la existencia de un Estado puede tener la interrupción del abastecimiento de productos petrolíferos, es dable considerar que el objetivo consistente en asegurar en cualquier momento el abastecimiento mínimo de productos petrolíferos supera las consideraciones de índole meramente económica y, por lo tanto, puede constituir un objetivo incluido en el concepto de seguridad pública" (n° 35). Vid. A. JONES Y J. DAVIES, cit., pp. 477-478.

¹⁴⁷ Que están cubiertas por el art. 348 TFUE. Vid. M. TRYBUS, cit., p. 1353. También, STJUE 13 julio 2000, *Albore*, C-423/98, nn° 21-22.

¹⁴⁸ STJUE 4 octubre 1991, *Richardt*, cit., n° 22 o STJUE 13 julio 2000, *Albore*, cit., n° 18. En relación con el significado de la noción, Vid. M. TRYBUS, cit., p. 1350.

¹⁴⁹ STJUE 10 julio 1984, *Campus Oil*, cit., n° 36.

¹⁵⁰ STJUE 4 octubre 1991, *Richardt*, cit., n° 20. Sobre la idea de proporcionalidad, Vid. M. TRYBUS, cit., p. 1351; S. HINDELANG, cit., pp. 228-234. Adicionalmente, en aquellas ocasiones en que existe legislación secundaria de la Unión, el Tribunal de Luxemburgo ha limitado a los Estados miembros la posibilidad de invocar este tipo de motivos presentes en los Tratados de la Unión, Vid. STJUE 5 octubre 1977, *Tedeschi / Denkavit*, 5/77, ECLI:EU:C:1977:144, n° 35 o STJUE 7 junio 2007, *Comisión / Países Bajos*, C-50/06, ECLI:EU:C:2007:325, n° 51.

¹⁵¹ JORF, de 30 diciembre 1989.

¹⁵² Vid. X. DELPECH Y E. ROYER, cit., p. 1.

blica”, sin más precisiones. Así, de ninguna forma se indica a los inversores interesados cuáles son las circunstancias específicas en las que es necesaria una autorización previa.”¹⁵³ Y, consecuentemente, tal “indeterminación no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 73 B del Tratado. En estas circunstancias, el régimen establecido es contrario al principio de seguridad jurídica.”¹⁵⁴

87. El actual modelo francés de evaluación de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional o seguridad pública establece un listado de áreas en las que las inversiones foráneas están sometidas a control. El tamaño del listado, que abarca 12 sectores diversos, y el amplísimo tenor de algunas de las áreas apuntadas genera dudas, de nuevo, en relación con su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica¹⁵⁵. Ejemplo de ello es el tenor del Artículo R153-2, 12 del CMF, que señala:

“12° *Autres activités portant sur des matériels, des produits ou des prestations de services, y compris celles relatives à la sécurité et au bon fonctionnement des installations et équipements, essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale énumérés ci-après:*

- a) *Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en électricité, gaz, hydrocarbures ou autre source énergétique;*
- b) *Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en eau dans le respect des normes édictées dans l'intérêt de la santé publique;*
- c) *Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de transport;*
- d) *Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques;*
- e) *Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense;*
- f) *Protection de la santé publique*”¹⁵⁶.

3. La propuesta de un modelo europeo de verificación y su potencial articulación con las soluciones nacionales

88. La Comisión Europea hizo pública en 2010 la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*¹⁵⁷, a través de la que apuntó algunas claves sobre lo que debería caracterizar una futura política común europea en materia de inversiones¹⁵⁸. Muchas de esas claves enunciadas perduran a fecha de hoy, pero otras se han visto de alguna manera moduladas por la nueva realidad surgida de la crisis financiera de la última década, y del protagonismo adquirido por algunas economías emergentes en el continente europeo. Básicamente la República Popular China.

89. En este sentido, en 2010 la Unión asumió como premisas esenciales la necesidad de consolidar un entorno estable, razonable y previsible para las inversiones extranjeras, a través del estable-

¹⁵³ STJUE 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie, cit.*, n° 21.

¹⁵⁴ *Ibid*, n° 22.

¹⁵⁵ B. STOYKOV, “Investissements étrangers en France: le décret Montebourg est-il viable?”, *Affiches parisiennes. Journal d'annonces légales et d'information juridique*, 2 junio 2014, p. 3.

¹⁵⁶ De hecho, la Comisión advirtió al Gobierno francés en relación con la compatibilidad del sistema diseñado por el Decreto 2005-1739, de diciembre de 2005 con el libre movimiento de capitales y de establecimiento, que sustituyó al declarado como incompatible con el Derecho europeo por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (*Décret n° 2005-1739 du 30.12.2005 réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier*, JORF, de 31 diciembre 2005, nótese, B. STOYKOV, *cit.*, p. 2). Dudas que se han incrementado tras la aprobación del ya apuntado Decreto 2014-479, de 14 de mayo de 2014.

¹⁵⁷ COM(2010)343 final, Bruselas 7 julio 2010, no publicado en el DOUE, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0343>, visitado el 2 enero 2018.

¹⁵⁸ En relación con la Comunicación, Vid. CH. HERRMAN Y J. CRÄMER, “Foreign Direct Investment – A ‘Coincidental’ Competence of the EU?”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, n° 43, 2015, pp. 100-101; W. SHAN Y SH. ZHANG, *cit.*, p. 1071 y ss.; C. HJÄLMROTH Y S. WESTERBERG, *cit.*, pp. 19-22.

cimiento de estándares claros de protección de éstas¹⁵⁹. Así como el diseño de una posición activa con vistas a asegurar que las relaciones de la Unión “con los terceros países no sean unidireccionales”¹⁶⁰, y vengán guiadas por los principios y objetivos de la acción externa de la UE, o el mantenimiento de criterios abiertos con vistas a la selección de socios¹⁶¹, entre otros criterios.

90. No obstante, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la asunción de competencia exclusiva por la Unión en materia de inversiones extranjeras directas, tuvo lugar en un momento de profunda crisis económica. En un período en que los llamamientos a favor del “patriotismo económico” devienen muy populares en algunos países de la Unión, y se percibe una actitud más hostil hacia el comercio internacional y las inversiones extranjeras por parte de determinados políticos, media y sectores sociales de Europa¹⁶². Al compás de estas tendencias, algunas acciones anunciadas en el ámbito europeo apuntan en esta dirección, y favorecen el diseño de un sistema europeo de evaluación de las inversiones extranjeras directas¹⁶³.

91. La idea del desarrollo de un modelo de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su posible contradicción con la seguridad nacional o el orden público no es nueva. De hecho, algunas propuestas se han ido formulando en la última década¹⁶⁴. Ya en 2007, la Canciller Merkel solicitó a la Unión el desarrollo de un modelo europeo de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su eventual contrariedad con el orden público y la seguridad nacional, en línea con el existente en Estados Unidos¹⁶⁵. Tres años más tarde, en 2010, en una entrevista en el periódico alemán *Handelsblatt*, el entonces Comisario de Mercado Interior y Servicios Financieros, Michel Barnier, previno sobre el incremento de las inversiones chinas en Europa y, en línea con la posición mantenida por Estados Unidos, apostó por el establecimiento de una autoridad europea dotada del poder de bloquear fusiones y adquisiciones de ciertas empresas estratégicas europeas, con el objetivo último de proteger el liderazgo tecnológico europeo¹⁶⁶. Sin embargo, la Comisión consideró en todo momento que soluciones de este tipo mandarían un mensaje incorrecto sobre la apertura de la Unión hacia el libre comercio y la libre circulación de capitales e inversiones¹⁶⁷.

92. No obstante, la preocupación sobre las inversiones extranjeras, especialmente chinas, en Europa no ha hecho sino incrementarse de forma contante. A pesar de que en 2012 tan solo el 2.2% de las inversiones extranjeras en la Unión provenían de China¹⁶⁸, existe una creciente preocupación sobre ellas –y otras inversiones– en muchas ocasiones de naturaleza soberana, dirigidas hacia determinados sectores estratégicos de la Unión. De hecho, aunque todavía reducida en términos absolutos, la inversión china en la UE fue en 2013, 75 veces superior a la recibida 9 años antes, en 2004¹⁶⁹. Y, además, frente a su tradicional focalización en el Reino Unido y Bélgica –87.6% de toda la inversión china recibida en el

¹⁵⁹ *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, cit., p. 4. Nótese, J. CHAISSE, cit., pp. 64-69.

¹⁶⁰ *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, cit., p. 4.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 6-7.

¹⁶² Vid., M. GÖTZ, cit., pp. 292-293.

¹⁶³ Note, *Investissements étrangers en Europe: vers une sécurité économique commune?*, *Les echos*, 26 febrero 2017 (<https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-166788-investissements-etrangeurs-en-europe-vers-une-securite-economique-commune-2067795.php>), visitada el 4 enero 2018).

¹⁶⁴ Vid. L. EAKER Y T. SUN, “Chinese Investment in the European Union & National Security” (2014) 9:1 *Frontiers of Law in China*, nº 9, 2014-1, pp. 59-63.

¹⁶⁵ Vid. *Merkel seeks European-wide vetting of foreign acquisitions*, *Financial Times*, 19 julio 2007 (http://www.ft.com/cms/s/0/124b70a2-3590-11dc-bb16-0000779fd2ac.html?ft_site=falcon&desktop=true#axzz4drNsLkVV), visitado 10 abril 2017).

¹⁶⁶ Vid. H. ZHANG Y D. VAN DEN BULCKE, cit., p. 162.

¹⁶⁷ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *A Common European Approach to Sovereign Wealth Funds*, Brussels, xxx, COM(2008) 115 provisional http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/sovereign_en.pdf, visitado 9 enero 2018, p. 7.

¹⁶⁸ E. FORCIELLI, “Chinese Investment in the EU: A Challenge to Europe’s Economic Security”, Bruselas, GMF – The German Marshall Forum of the United States, Paper Series, January 2015, p. 1.

¹⁶⁹ Y. MA Y H. OVERBEEK, “Chinese foreign direct investment in the European Union: explaining changing patterns”, *Global Affairs*, nº 1, 2015-4/5, p. 442.

período 2002-2008—, se está hoy ampliando rápidamente a todos los países de la Unión, expandiendo el sentimiento de alarma a lo largo del territorio europeo¹⁷⁰.

93. El debate sobre la posibilidad de desarrollar un modelo europeo de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su eventual contradicción con la seguridad pública, el orden público o motivos similares se ha consolidado, así, en el paisaje europeo. Existe una creciente sensación de que siendo la Unión Europea el mayor poder económico y comercial del globo, carece sin embargo, a diferencia de sus mayores competidores, de mecanismo para controlar ciertas inversiones extranjeras en sectores estratégicos de su economía¹⁷¹.

94. La adquisición de Kuka, la empresa alemana líder en robótica, por la China Midea en 2016 llevó al gobierno alemán a plantear formalmente el diseño de este mecanismo europeo de supervisión de las inversiones extranjeras en algunos sectores estratégicos de la Unión. En tal sentido, el Ministro alemán de economía propuso que las instituciones europeas contasen con el poder de bloquear propuestas inversoras dirigidas a adquirir sociedades europeas que “dispose of key technology of particular importance for industrial development”¹⁷².

95. La necesidad de contar con este sistema común de respuesta a inversiones extranjeras dirigidas a ciertos sectores estratégicos, principalmente cuando se trata de inversiones soberanas, fue igualmente destacada en 2017 en la carta conjunta remitida por Francia, Alemania e Italia a la Comisaria de comercio Cecilia Malström, solicitándole que la Unión diseñara un instrumento que le permitiese bloquear la presencia de inversores extranjeros en la adquisición de firmas tecnológicas europeas. Estos países manifestaban su preocupación por el incremento en la adquisición de empresas tecnológicas líderes y sobre “the lack of reciprocity and about a possible sell-out of European expertise, which we are currently unable to combat with effective instruments”¹⁷³.

96. En igual sentido, las ministras alemanas y francesa de economía anunciaron en febrero de 2017 la futura creación de este mecanismo europeo de control basado en la noción de “seguridad económica”¹⁷⁴. Un concepto diferente de los mencionados de orden público y seguridad pública, recogidos en el ordenamiento jurídico de la Unión, y que resulta mucho más amplio que aquellos, lo que permitiría la evaluación de las inversiones propuestas con base en criterios meramente económicos o de competencia. Algo que

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 444-445.

¹⁷¹ J. LAMBERT Y PH.A. MARTIN, *Les investissements extracomunitaires et le contrôle des intérêts stratégiques européens*, Paris, Assemblée nationale. Commission des Affaires Européennes, Rapport d’information n° 1602, Janvier 2014, p. 25. Existen, empero, algunas herramientas legales susceptibles de ser tomadas en cuenta. Por ejemplo, el art. 346 TFUE incorpora dos excepciones a las obligaciones derivadas del Tratado referidas a los “intereses esenciales” de los Estados miembros. Junto a ello, el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 enero 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L 24 de 29 enero 2004, p. 1) faculta en su art. 21.4.I a los Estados miembros a “adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario”. De acuerdo con el apartado II de este art. 21.4, se “considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales”. Finalmente, el art. 19.1.I de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento y del Consejo de 14 junio 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOUE L 177 de 30 junio 2006, p. 1) exige “que toda persona física o jurídica que pretenda tener, directa o indirectamente, en una entidad de crédito, una participación cualificada deba informar de ello previamente a las autoridades competentes y comunicar la cuantía de dicha participación. Dicha persona también deberá informar a las autoridades competentes si pretende incrementar su participación cualificada de tal manera que la proporción de derechos de voto o de participaciones de capital poseídas por la misma alcance o sobrepase los niveles del 20 %, 33 % o 50 %, o que la entidad de crédito se convierta en su filial”. El significado de “participación cualificada” se incluye en el art. 4.11 de la propia Directiva.

¹⁷² Vid. K. POPLAWSKI, *Capital does have nationality: Germany’s fears of Chinese investments*, Varsovia, OSW Centre for Eastern Studies - Commentary, No. 230, 25 enero 2017, p. 7.

¹⁷³ *Germany, Italy and France Push for E.U. Powers to Block Strategic Investors*, *Handelsblatt Global - European Business & Finance News*, 14 febrero 2017 (<https://global.handelsblatt.com/companies/germany-italy-and-france-push-for-e-u-powers-to-block-strategic-investors-704844>, visitado 29 diciembre 2017).

¹⁷⁴ *Investissements étrangers en Europe: vers une sécurité économique commune?*, *Les echos*, 26.02.2017, cit.

podría abrir la puerta a decisiones puramente proteccionistas y no estrictamente basadas en el riesgo para la seguridad público o para el orden público de la inversión extranjera directa prevista¹⁷⁵.

97. Finalmente, el Presidente Juncker anunció en su discurso de 13 de septiembre de 2017 sobre el estado de la Unión, el diseño de normas comunes de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su eventual contradicción con la seguridad nacional: *"(Q)uiero decirlo de una vez por todas: no somos unos defensores ingenuos del libre comercio. Europa deberá defender siempre sus intereses estratégicos. Esta es la razón por la que hoy proponemos un nuevo marco de la UE en materia de control previo a la inversión. Si una empresa pública extranjera desea comprar un puerto europeo, una parte de nuestra infraestructura energética o una empresa de tecnología de defensa, la adquisición solo debe llevarse a cabo con transparencia, estudio y debate. Tenemos la responsabilidad política de saber lo que se cuece a nuestro alrededor, a fin de proteger nuestra seguridad colectiva en caso necesario.."*¹⁷⁶.

98. Sin embargo, la creación de este instrumento plantea problemas relevantes de naturaleza muy diversa. En primer lugar, y desde un punto de vista estrictamente competencial, el diseño de un instrumento de estas características genera delicadas cuestiones de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros, a la vez que puede afectar negativamente al discurso de Europa como zona abierta al comercio y a la inversión¹⁷⁷. Adicionalmente, incluso hoy, cuando la UE ha obtenido competencia exclusiva en relación con las inversiones extranjeras directas, perduran diversos potenciales problemas relacionados con la libre circulación de capitales vinculada a las inversiones extranjeras directas provenientes de terceros países. Y con el derecho atribuido a los Estados miembros a adoptar distintas medidas restringiendo la libre circulación de capitales y pagos de acuerdo con el Artículo 65.1 y 2 TFUE¹⁷⁸, y su interacción con la mencionada competencia de la UE en relación con las inversiones extranjeras directas. Así como en lo referente a la especificación de los exactos motivos que conducirían a la evaluación de propuestas de inversión foránea en ciertas áreas de la economía.

99. Igualmente, la necesaria coordinación entre las distintas agencias nacionales de evaluación del riesgo generado por un proyecto de inversión extranjera para la seguridad pública o el orden público del Estado miembro receptor de la inversión y el eventual modelo diseñado por la Unión ha sido también apuntada: la Unión tiene derecho a proteger ciertos sectores estratégicos de la economía europea, pero puede darse el caso de que este derecho pueda potencialmente afectar al interés nacional de algún Estado miembro¹⁷⁹. Como se equilibren estos intereses es algo relevante, que debe ser tenido en cuenta por el sistema eventualmente diseñado.

100. En este sentido, algunas ideas han sido ya apuntadas por la Comisión Europea. El Presidente Juncker y otros Comisarios europeos insisten en destacar el compromiso de la Unión Europea con el libre comercio y la libre circulación de inversiones, y la condición de Europa como uno de los territorios más abiertos del mundo al respecto. Sin embargo, la Comisión es también plenamente consciente de que en algunos casos los inversores extranjeros pueden pretender hacerse con ciertos activos estratégicos que les permitan controlar o influenciar empresas europeas que "are critical for our security and public order. This includes activities related to the operation or provision of critical technologies, infrastructure, inputs or sensitive information. Acquisitions by foreign state-owned or controlled companies in

¹⁷⁵ Considérese, TH. HANEMANN Y D.H. ROSEN, *cit.*, pp. 66-67.

¹⁷⁶ Comisión Europea, Discurso Presidente Jean-Claude Juncker sobre el estado de la Unión 2017, Bruselas, 13 septiembre 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_es.htm, visitado 8 diciembre 2017.

¹⁷⁷ A. JONES Y J. DAVIES, *cit.*, p. 456.

¹⁷⁸ Así como el derecho de establecimiento -art. 52(1) TFUE, que refieren únicamente a los nacionales de Estados miembros de la UE, Vid. C. HJÄLMROTH Y S. WESTERBERG, *cit.*, pp. 10-11 y Dictamen TJUE, 15 noviembre 1994, *Competencia de la comunidad para celebrar acuerdos internacionales en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual*, 1/94, ECLI:EU:C:1994:384, n° 81.

¹⁷⁹ Vid. J. LAMBERT Y PH.A. MARTIN, *cit.*, p. 10.

these strategic areas may allow third countries to use these assets not only to the detriment of the EU's technological edge, but also to put our security or public order at risk.”¹⁸⁰.

101. Con el objeto de prevenir esta situación el pasado 13 de septiembre de 2017 se hizo pública la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo un marco para la evaluación de inversiones extranjeras en la Unión Europea¹⁸¹. La Comisión entiende que la “apertura a la inversión extranjera directa no será modificada, pero deberá ir acompañada de medidas vigorosas y eficaces para abrir otras economías y garantizar que todos nos ajustemos a las mismas normas, por una parte, así como para proteger los activos críticos europeos frente a inversiones que serían perjudiciales para los intereses legítimos de la Unión o de sus Estados miembros, por otra.”¹⁸². De esta suerte, la Comisión propone un nuevo marco legal “para los Estados miembros y, en algunos casos, para la Comisión, con el fin de someter a control las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea”¹⁸³.

102. Este nuevo marco legal propuesto se caracterizaría por su complejidad, incluyendo diversos niveles coordinados de actuación a la hora de controlar las inversiones extranjeras susceptibles de generar riesgos para el orden público o la seguridad pública¹⁸⁴.

- 1) En primer lugar, y como premisa esencial, la Comisión deja claro que el sistema europeo va a coexistir con los eventuales sistemas nacionales que puedan existir en este ámbito hasta el momento. Como explícitamente señala el Considerando 7 de la Propuesta de Reglamento, resulta relevante “aportar seguridad jurídica y garantizar la coordinación y la cooperación a escala de la UE mediante el establecimiento de un marco para el control, por motivos de seguridad o de orden público, de la inversión extranjera directa en la Unión”, pero ello debe en todo caso “entenderse sin perjuicio de la responsabilidad exclusiva de los Estados miembros en cuanto al mantenimiento de la seguridad nacional”. En tal sentido, y tal como reconoce el Artículo 3.1 de la propuesta de Reglamento, se mantienen los diversos sistemas nacionales de evaluación: “Los Estados miembros podrán mantener, modificar o adoptar mecanismos para controlar, por motivos de seguridad u orden público, las inversiones extranjeras directas en las condiciones y con arreglo a los términos establecidos en el presente Reglamento”.

En suma, el objetivo último es dotar a “los Estados miembros y a la Comisión los medios para hacer frente a los riesgos para la seguridad o el orden público de una manera global, y para adaptarse a la evolución de las circunstancias, sin dejar de mantener la necesaria flexibilidad respecto de los Estados miembros para controlar, por motivos de seguridad y de orden público, las inversiones extranjeras directas, habida cuenta de la situación y las circunstancias nacionales de cada uno de ellos.”¹⁸⁵. La actuación de la Comisión en este ámbito, que se hace presente por primera vez, se entiende sin embargo como limitada en su objeto y, por ende, aparentemente subordinada al liderazgo de los Estados miembros en este ámbito.

- 2) En segundo lugar, a partir de la asunción por la Propuesta de la existencia de distintos sistemas nacionales de evaluación –presentes o futuros– y de las notables diferencias entre los

¹⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION, *State of the Union 2017 - Trade Package: European Commission proposes framework for screening of foreign direct investments*, Press release, Brussels, 14 septiembre 2017 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3183_en.htm, visitado 9 diciembre 2017. Vid. también, COMISIÓN EUROPEA, *Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización*, COM(2017) 240 de 10 de mayo de 2017, p. 15.

¹⁸¹ {SWD(2017) 297 final}, Bruselas, 13 septiembre 2017, COM(2017) 487 final, 2017/0224 (COD) (En adelante, Propuesta de Reglamento).

¹⁸² *Ibid.*, p. 2.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 2.

¹⁸⁴ El art. 2.1 de la Propuesta de Reglamento define inversión extranjera directa como, “inversiones de todo tipo por parte de un inversor extranjero con el objetivo de crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y el empresario o la empresa a los que se destinen los fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro, incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica;...”

¹⁸⁵ Considerando 8 de la Propuesta de Reglamento.

modelos nacionales de evaluación actualmente existentes¹⁸⁶, se afirma la necesidad de diseñar un mecanismo que “permita a los Estados miembros cooperar y ayudarse mutuamente cuando una inversión extranjera directa en uno de ellos pueda afectar a la seguridad o al orden público de otros Estados miembros”¹⁸⁷.

- 3) A partir de estas dos premisas, la Propuesta procede a concretar “los elementos esenciales del marco procedimental”¹⁸⁸ para el control de las inversiones extranjeras directas por parte de los sistemas nacionales existentes o que se puedan diseñar en el futuro¹⁸⁹, y que también deberán guiar la futura actuación de la Comisión en este ámbito¹⁹⁰. El objetivo de la Propuesta es “crear un marco habilitador” para los Estados miembros que ya disponen de un mecanismo de control o que deseen establecerlo, y “garantizar que todo mecanismo de control de ese tipo reúna determinados requisitos básicos, como la posibilidad de interponer recurso judicial contra las decisiones, la no discriminación entre diferentes países terceros y la transparencia”¹⁹¹. Así como el establecimiento de plazos claros para la evaluación¹⁹².

Ello queda expresamente recogido en el Artículo 6 de la Propuesta de Reglamento que refiere a la transparencia y no discriminación¹⁹³, plazos¹⁹⁴, confidencialidad de la información facilitada por el inversor en el marco del procedimiento de evaluación¹⁹⁵, así como al acceso del inversor a “*recursos por vía judicial contra las decisiones de control de las autoridades nacionales*”¹⁹⁶.

- 4) En paralelo a la existencia de los distintos modelos nacionales de evaluación, la propuesta de Reglamento dispone que Comisión podrá efectuar un control, por motivos de seguridad y orden público, en caso de que una inversión extranjera directa pueda afectar a proyectos o programas de interés para la Unión¹⁹⁷. Se habla, en concreto, de programas y proyectos en ciertas áreas de investigación (Horizon 2020), espacio (Galileo), transporte (Trans-European Networks for Transport, TEN-T), energía (TEN-E) y telecomunicaciones¹⁹⁸.

Este mecanismo, como afirma la propia Propuesta de Reglamento, es complementario a la eventual legislación sectorial de la UE que pueda existir con el objeto de proteger dichos proyectos y progra-

¹⁸⁶ Propuesta de Reglamento, p. 3. De hecho, el art. 5 de la Propuesta de Reglamento reconoce a los Estados miembros su derecho a “*mantener, modificar o adoptar las medidas necesarias para evitar la elusión de los mecanismos de control y de las decisiones de control*”.

¹⁸⁷ Considerando 14 de la Propuesta de Reglamento. En tal sentido, nótese los arts. 7 –“Notificación por los Estados miembros de los mecanismos de control e informe anual”–, 8 –“Mecanismo de cooperación”– y 10 –“Requisitos de información”– de la Propuesta de Reglamento. Ello implica que los “Estados miembros deben poder formular observaciones a un Estado miembro en el que se prevea o se haya realizado la inversión, sin perjuicio de que los que formulen observaciones o aquellos en que se prevea o se haya realizado la inversión dispongan de un mecanismo de control o estén controlando la inversión. Los comentarios de los Estados miembros deben remitirse asimismo a la Comisión. La Comisión debe tener también la posibilidad, en su caso, de emitir un dictamen a la atención del Estado miembro en que se prevea o se haya realizado la inversión, sin perjuicio de que dicho Estado miembro disponga de un mecanismo de control o esté controlando la inversión, e independientemente de que otros Estados miembros hayan presentado observaciones” (Considerando 14 de la Propuesta de Reglamento).

¹⁸⁸ Considerando 13 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁸⁹ Propuesta de Reglamento, pp. 2-3.

¹⁹⁰ Propuesta de Reglamento, pp. 2-3.

¹⁹¹ Propuesta de Reglamento, p. 3.

¹⁹² Considerando 13 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁹³ Art. 6.1 de la Propuesta de Reglamento: “*Los mecanismos de control de los Estados miembros deberán ser transparentes y no discriminar entre terceros países. En particular, los Estados miembros definirán las circunstancias que deben concurrir para poner en marcha el control, los motivos de este y las normas de procedimiento aplicables detalladas.*”

¹⁹⁴ Art. 6.2 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁹⁵ Arts. 6.3 y 11 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁹⁶ Art. 6.4 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁹⁷ Considerandos 15 y 16 y art. 3.2 y 3 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁹⁸ Vid. arts. 9, 10 y 12 de la Propuesta de Reglamento y EUROPEAN COMMISSION, *Annex to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union*, COM(2017) 487 final ANNEX 1 {SWD(2017) 297 final}.

mas adicionales¹⁹⁹. En todo caso, debido a la coexistencia entre los modelos nacionales y el europeo, y con independencia de la presencia de éste último, se prevé de forma expresa que “(M)ember States keep the last word in any investment screening” que se lleve a cabo²⁰⁰.

- 5) En lo referente al funcionamiento de este modelo articulado –estatal y europeo– de evaluación de las inversiones extranjeras potencialmente riesgosas para el orden público o la seguridad pública, la Propuesta incorpora un listado no exhaustivo de factores que pueden tenerse en cuenta al someter a control, por motivos de seguridad o de orden público, la inversión extranjera directa, con la que se quiere aportar claridad a los inversores extranjeros. La Propuesta asume que con vistas a determinar si una inversión extranjera directa puede afectar a la seguridad o al orden público, “los Estados miembros y la Comisión deben tener en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los efectos sobre las infraestructuras y las tecnologías críticas, las tecnologías facilitadoras esenciales y los insumos esenciales para la seguridad o el mantenimiento del orden público. A este respecto, los Estados miembros y la Comisión también deben poder tener en cuenta si un inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno de un tercer país, en particular mediante una financiación significativa.”²⁰¹.

En tal sentido, el Artículo 4 de la Propuesta afirma que, en el caso de someter a control, por motivos de seguridad o de orden público, una inversión extranjera directa, los Estados miembros y la Comisión “podrán tener en cuenta sus efectos potenciales”, entre otros en:

- las infraestructuras críticas, incluida la energía, los transportes, las comunicaciones, el almacenamiento de datos, la infraestructura espacial o financiera, y las instalaciones sensibles;
 – las tecnologías críticas, incluida la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, las tecnologías con aplicaciones que pueden tener doble uso, la ciberseguridad y la tecnología espacial o nuclear;
 – la seguridad del suministro de insumos críticos; o
 – el acceso a información sensible o la capacidad de control de la información sensible”.

Igualmente, y en todo caso, para determinar si una inversión extranjera directa puede efectivamente afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión podrán tener en cuenta si el inversor extranjero está controlado por el gobierno de un tercer país, en particular mediante una financiación significativa²⁰².

- 6) Por último, junto a la mencionada articulación de cauces de cooperación entre los distintos sistemas nacionales de evaluación de la inversión extranjera, el modelo diseñado en la Propuesta busca también establecer los necesarios mecanismos de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión “el Reglamento propuesto exige que los Estados miembros informen a los demás Estados miembros y a la Comisión acerca de cualquier inversión extranjera directa que esté siendo objeto de control en el marco de sus correspondientes mecanismos nacionales”²⁰³. Un mecanismo que podría ser activado cuando una concreta propuesta de inversión extranjera destinada a uno o varios miembros de la Unión pueda afectar a la seguridad o al orden público de otro.

103. La Propuesta de Reglamento pergeñada por la Comisión tiene como objetivo adicional incrementar la concienciación de los Estados miembros y de la Comisión sobre proyectos inversores

¹⁹⁹ Propuesta de Reglamento, p. 2 y pp. 3-8.

²⁰⁰ EUROPEAN COMMISSION, *State of the Union 2017 - Trade Package...*, cit.

²⁰¹ Propuesta de Reglamento, p. 13 y Considerando 12.

²⁰² Art. 4 *in fine* de la Propuesta de Reglamento.

²⁰³ Propuesta de Reglamento, p. 3.

propuestos, o ya desarrollados, que puedan afectar a éstos²⁰⁴. La Propuesta, sin embargo, ha recibido valoraciones varias y no se prevé que su aprobación sea próxima ni fácil²⁰⁵.

V. El “largo y sinuoso camino”

104. Todavía hoy no puede hablarse de una tendencia global favorable a restringir el flujo de inversiones extranjeras. Quizás ya no pueda asumirse sin más la continuación del proceso de liberalización de las inversiones desarrollado durante las últimas décadas, pero no existe evidencia de que los Estados hayan devenido más restrictivos desde el inicio de la crisis financiera en 2007²⁰⁶.

105. Sin embargo, la cada vez más habitual introducción de mecanismos de control de las inversiones foráneas con base en criterios como la seguridad nacional, los intereses esenciales del Estado o similares puede favorecer este cambio de tendencia. Los Estados, especialmente los desarrollados, están muy concienciados sobre la pérdida de control de ciertos sectores de la economía y empresas en favor de inversores extranjeros, así como en torno a los objetivos no meramente económicos que pueden acompañar a determinadas inversiones soberanas extranjeras y a la ausencia de reciprocidad en algunos países de origen de la inversión.²⁰⁷

106. La situación alcanza una particular relevancia en el seno de la Unión Europea debido a las especiales peculiaridades –políticas y económicas– de ésta y al hecho de que la política de inversiones común se encuentra todavía en proceso de construcción, generando delicadas cuestiones de competencia entre la Comisión y los Estados miembros de la Unión. La Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión en septiembre de 2017 cumple la doble función de poner de manifiesto la relevancia del tema y de aportar un primer texto para el debate. Sin embargo, todo apunta a que se trata de un primer paso, un mero punto de partida y que el camino a recorrer será, como dice la canción, “largo y sinuoso”.

²⁰⁴ Propuesta de Reglamento, p. 2 y Considerandos 17 a 19.

²⁰⁵ Vid., por todos, F. DI BENEDETTO, “A European Committee on Foreign Investment?”, New York, Columbia FDI Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 21, 4 diciembre 2017, <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-214-Di-Benedetto-FINAL.pdf>, visitado 8 diciembre 2017

²⁰⁶ S. THOMSEN Y F. MISTURA, *cit.*, pp. 1-2.

²⁰⁷ S. THOMSEN Y F. MISTURA, *cit.*, p. 6.

INTERNATIONAL LAW, INDICATORS AND GLOBAL GOVERNANCE

DERECHO INTERNACIONAL, INDICADORES Y GOBERNANZA GLOBAL

DOROTHY ESTRADA TANCK

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

Recibido: 14.01.2018 / Aceptado: 02.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4121>

Abstract: The use of indicators in international law and global governance has recently developed as a basis for evaluation, decision-making and conceptual and methodological legitimation. This study will analyse the use of different measurement devices constructed at the international level. It will consider the assessment of the state of human security as a case study, placing a particular focus on the relationship of ‘narrow’ and ‘broad’ views of human security to all human rights: civil, political, economic, social and cultural, and incorporating the aggravated human security risks encountered globally by women and girls. As a result, the text presents a proposal of a more holistic and operational measurement of human security based on a gendered and human rights based-approach.

Keywords: indicators, international law, global governance, human security, human rights.

Resumen: El uso de indicadores en el derecho internacional y la gobernanza global ha crecido recientemente como base para la evaluación, la toma de decisiones y la legitimación conceptual y metodológica. Este estudio analizará el uso de diferentes dispositivos de medición construidos a nivel internacional. Considerará la evaluación del estado de la seguridad humana como un estudio de caso, prestando especial atención a la relación de la seguridad humana, en su concepción ‘estrecha’ y ‘amplia’, con todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, e incorporando la perspectiva de los riesgos agravados de seguridad humana que enfrentan las mujeres y las niñas a nivel global. Como resultado, el texto presenta una propuesta de medición de la seguridad humana más integral y operativa basada en un enfoque de género y de derechos humanos.

Palabras clave: indicadores, derecho internacional, gobernanza global, seguridad humana, derechos humanos.

Summary: I. Introduction. II. Indicators and human security in international law. III. Measuring human security levels. 1. Human security as the protection from physical violent conflict and bodily injury (the ‘narrow’ view). 2. Human security as the defence from risks related to development and socio-economic conditions (the ‘broad’ view). 3. Eclectic positions. IV. A human security measurement founded on international law: gendered and human rights-based approaches to human security. 1. A threshold valuation to guide human security measurement. 2. Gender and human rights law as components of human security indicators. V. Conclusions.

I. Introduction

1. The use of indicators in international law and global governance has slowly, but steadily, progressed as a basis for evaluation, decision-making and conceptual and methodological legitimation. From international bodies, to government institutions, civil society organisations and corporate actors, measurement exercises and quantitative indicators have become the ‘modern’, technology-based tool to orient policy, law and even judicial resolutions.

2. Examples of the use of indicators, rating, indices and other measuring and ranking exercises, may be found at the global level in the context of the United Nations (UN), international bodies such as the World Bank, and international NGOs, in this last case, for instance through the Access to Medicine Index, Oxfam’s Behind the Brands Scorecard, Ranking Digital Rights, Human Rights Performance Benchmark, or Measuring Business and Human Rights,¹ as well as governance indicators like Transparency International’s Corruption Perception Index or the Rule of Law Index.² The UN Global Compact (UNGC) and the Global Reporting Initiative (GRI) have gone a great way in encouraging corporate social responsibility, and also base much of their work on indicators.³

3. In making visible previously neglected issues, and reinforcing or minimising others, indicators set the criteria for the political prioritisation of issues and the allocation of power and resources. At the same time, though, it has been argued that the use of indicators has created (willingly or not) a space for political contestation and a path for channelling social justice demands,⁴ among which one may find those related to the respect, protection and guarantee of human rights.

4. In this context, this study will analyse the use of different measurement devices constructed at the international level taking the assessment of the state of human security as a case study, and placing the focus on the relationship of human security to human rights.

5. Within human rights law itself, the use of indicators has also become a common resource. Illustrative samples may be found in the UN system of human rights, as well as in the practice of the Inter-American, European and African systems of human rights in recent years. Indeed, from measuring education statistics, corporate responsibility vis-à-vis the respect for human rights, to data on poverty and discrimination, as well as general human rights compliance and implementation, human rights bodies have turned to quantitative (although also to qualitative) indicators and standards to review State action, determine accountability and even to adjudicate State responsibility.⁵

6. One of the most pressing issues for human security and for human rights, that of violence against women and women’s human rights in general –potentially or actually affecting more than half

¹ BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, News, available at <https://business-humanrights.org/en/measuring-business-human-rights-0>, consultation date: 9 January 2018.

² BOGDANDY et al., “Introduction”, in A.V. BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI, AND F. PIOVESAN (eds.), X. SOLEY (managing editor), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 12, specifically in relation to these governance indexes concerning Latin American countries.

³ S. ENGLE MERRY, “Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance”, *Current Anthropology* 52, no. S3 (Supplement to April 2011), p. S83.

⁴ In this sense, see URUEÑA, RENÉ, “Indicadores, derecho internacional y el surgimiento de nuevos espacios de participación política en gobernanza global”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 25, 2014, pp. 543-584.

⁵ On regional human rights systems, see, e.g., the use of indicators on education to prove indirect discrimination against Roma people, in EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *D.H. and Others v. the Czech Republic* (GC), Appl. No. 57325/00, 13 November 2007; regarding the articulation of general indicators as related to economic, social and cultural rights, see INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Guidelines for Preparation of Progress Indicators in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, IACoHR, 2008; and R. MURRAY AND D. LONG, *The Implementation of the Findings of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, especially at pp. 35-43. See also D. FELICE, “Business and Human Rights Indicators to Measure the Corporate Responsibility to Respect: Challenges and Opportunities”, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, Number 2, 2015, pp. 511-555.

of the world's population—, has been measured in order to determine levels of gender equality in a given society and shape State obligations to that effect. As such, this study will explore the implications of a gendered perspective of human security that adequately reflects the developments of international human rights law in this area and conceptualises the threat or the experience of violence against women and girls as an authentic security concern.

7. Against this background, first this article will define the concept of indicators as well as that of human security as understood in relation to international law. Then it will explore the existing indicators and measurement tools for human security, doing so in a critical manner, referring to the different conceptions of human security that such measuring exercises connect to—a 'narrow' or a 'broad' view of human security. Generally speaking, the first perspective relates human security to physical and armed or openly violent conflict, while the second also contemplates development and socio-economic conditions, such as extreme poverty, hunger, ill-health, and environmental degradation, in its evaluation of levels of human security. These extremes have provoked the adoption of an 'eclectic position' as to the content of human security, within which one may also find measuring attempts, as reviewed in this text. This article spells out the implications of such notions in their relationship to *all* human rights considered by international law: civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights (ESC Rights).

8. Ultimately, this article proposes an integral conception of human security based on human rights law, which adopts a cross-cutting gender perspective. As a result, it contends that measurements of human security thus understood would need to incorporate human rights indicators and standards in order to hold a solid normative grounding. It argues as well that an integral human security indicator would have to consider levels of gravity of the risk factors impacting concrete human rights at a given time and geographic context, more particularly those affecting persons in conditions of vulnerability.

II. Indicators and human security in international law

9. As explained by Sally Engle Merry, indicators are statistical measures that are used to consolidate complex data into a simple number or rank that is meaningful to policy makers and the public. They tend to ignore individual specificity and context in favour of superficial but standardized knowledge. An indicator presents clearly the most important features relevant to informed decision making about one issue or question.⁶ They have also been defined as

named collection of rank-ordered data that purports to represent the past or projected performance of different units. The data are generated through a process that simplifies raw data about a complex social phenomenon. The data, in this simplified and processed form, are capable of being used to compare particular units of analysis (such as countries or institutions or corporations), synchronically or over time, and to evaluate their performance by reference to one or more standards.⁷

10. As advanced above, this study focuses on mapping the use of indicators and measurement proposals of human security at the international level. To do so, let us recall in a nutshell that human security was fully articulated by the United Nations Development Program (UNDP) in its annual reports of 1993 and 1994.⁸ The 1994 formulation by the UNDP proposed, on the basis of the threats encountered by persons and communities, that human security encompasses seven types of security: economic security, food security, health security, environmental security, personal security, community security, and political security.⁹ A decade later, the 2003 Report of the Commission on Human Security, *Human Se-*

⁶ S. ENGLE MERRY, 2011, *op. cit.*, p. S86.

⁷ K. E. DAVIS, B. KINGSBURY AND S. ENGLE MERRY, "Indicators as a Technology of Global Governance", IILJ Working Paper 2010/2 Rev (revised August 2011), Global Administrative Law Series, New York University School of Law, p. 5.

⁸ See UNDP, *Human Development Report: People's Participation* (UNDP, 1993), iii; 2, 3, 7 (Summary), and 12 (full report); UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security* (UNDP, 1994), Overview, 1, 5–6.

⁹ UNDP, 1994 *Human Development Report*, *ibid*, 23–25.

curity Now, further defined human security as the protection of the vital core of all human lives in ways that enhance human freedoms and human fulfilment from *critical (severe) and pervasive (widespread) threats* and situations.¹⁰ Two years later, the UN General Assembly (UNGA) considered human security as a ‘right’ in the *2005 World Summit Outcome*¹¹ and deriving from that, the role of human security escalated in the international scene. It means using processes that build on people’s strengths and aspirations, and creating political, social, environmental, economic, military and cultural systems that together give people the building blocks of *survival, livelihood and dignity*.¹² Human security is comprehensive, multidimensional, context-specific, and prevention-oriented.¹³

11. This conception of human security thus relates to international law in several ways, among them, by contributing to strengthen or advance various insights that also touch on the axiology of human rights: its person-centred approach; its emphasis on intra-state violence and broader understandings of direct and indirect/structural violence; its underlining of socio-economic vulnerabilities as authentic security concerns; and its emphasis on interrelatedness transcending individual conditions of human rights violations. In its most recent definition, a ‘common understanding’ of human security was agreed upon by the UN General Assembly on the basis of *freedom from fear, freedom from want and freedom to live in dignity*. This common understanding of human security placed *all* (legal) human rights at its core –civil, political, economic, social and cultural– a position confirmed by the UN Secretary General’s Third Report on Human Security of 2013.¹⁴

12. As such, human security connects to human rights through the reflection of some of its elements in international law, particularly in international human rights law, but also in other areas such as international refugee law, humanitarian law, and criminal law. The approach of international law to *risk and vulnerability*, central elements of human security, is considered in the measurement devices analysed below as a general umbrella under which the development of security concerns for individual persons or groups (and not primarily the State) has taken place.

III. Measuring human security levels

13. ‘Broad’ understandings of human security consider all types of widespread threats, be it from a State or non-State source, stemming from armed conflict or not, and deriving from conditions of open violence or from socio-economic risk factors.¹⁵ In spite of the fact that UN instruments have adopted a broad conception of human security, the positions of States, the academic debate, as well as the measurement exercises of human security, have been fragmented into various stances.

14. In an overlook to summarize such positions one may find the conceptions reviewed below, which aim at highlighting the links of existing measuring exercises to specific human rights, and to conclude with a proposal to move forward on the basis of a holistic approach to human security.

¹⁰ COMMISSION ON HUMAN SECURITY (CHS), *Human Security Now*, Commission on Human Security, New York, 2003, p. 4.

¹¹ Para 143 of the UNGA, *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 24 October 2005. On human security as an ‘emerging right’, see J. P. FERNÁNDEZ PEREIRA, *La seguridad humana: un derecho emergente*, Ariel, Spain, 2006.

¹² COMMISSION ON HUMAN SECURITY, 2003, *op. cit.*, p. 4, emphasis added.

¹³ See HUMAN SECURITY UNIT 2012.

¹⁴ UN GENERAL ASSEMBLY, ‘Follow-up to Paragraph 143 on Human Security of the 2005 World Summit Outcome’, A/Res/66/290, 10 September 2012 [3 a) and c)]; UN SECRETARY GENERAL, *Third Report of the UN Secretary General*, ‘Follow-up to General Assembly Resolution 66/290 on Human Security’, A/68/685, 23 December 2013.

¹⁵ See, e.g., A. CAHILL-RIPLEY, ‘Reclaiming the peacebuilding agenda: economic and social rights as a legal framework for building positive peace: a human security plus approach to peace-building’, in *Human Rights Law Review*, no. 16, vol. 2, 2016, pp. 223-246; Framework Treaty on Democratic Security in Central America, adopted in 1995 by the States of Central America: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua and Panama, and entered into force 26 December 1997; and the activity by the Organisation of American States’ (OAS) Secretariat for Multidimensional Security, one of the six Secretariats of the OAS, at <http://www.oas.org/en/about/secretariats.asp>

1. Human security as the protection from physical violent conflict and bodily injury (the ‘narrow’ view)

15. This type of exercises analyse violent conflict, whether or not it stems from armed conflict between States, that is, also conflict deriving from political or criminal violence (usually referred to as the ‘narrow definition’ related more to ‘freedom from fear’), which one could consider mainly to affect the human rights to life, liberty and personal security, and physical integrity. Under this category, we may locate the following proposals:

16. The *Human Security Report Project*, coordinated by Andrew Mack and issued first by the University of British Columbia, and later by the Simon Fraser University, Canada.¹⁶ While recognizing that “hunger, disease and natural disasters kill far more people than war, genocide and terrorism combined”,¹⁷ this Report has been measuring since 2005 the world’s conditions of human security relating it to *violent conflict* and emphasizing (previously neglected) intra-State conflict.

17. In relation to the gendered perspective supported throughout this article, let us note that the *Human Security Report 2012*, dedicated partly to the study of intra-war sexual violence, emphasizes how in this context domestic violence against women –which actually is higher than war-related sexual violence–, is frequently overshadowed and dismissed, consistent with some of the underestimated challenges regarding the study of sexual and gender-based violence.¹⁸

18. In this same category of diagnosis efforts, although not under the label of ‘human security’, we may find other people-centred approaches such as the index developed in the report *Peoples under Threat (PUT)*, issued by Minority Rights Group International (MRGI). Based on previous research findings by other institutions, including UN bodies, MRGI has constructed a worldwide table, specifically designed to identify the *risk* of genocide, mass killing or other systematic violent repression, unlike most other early warning tools, which focus on *violent conflict as such*. Its primary application is civilian protection.¹⁹ With a stronger human rights based-approach than the previous Human Security Reporting Project, to provide an illustrative example, the report of PUT 2012 indicates a great increase in the likelihood of atrocity, in the face of certain characteristics at the State level, including habituation to *illegal violence* among the armed forces or police and prevailing *impunity for human rights violations*. The PUT report also recognizes that “some groups may experience higher levels of discrimination and be at greater risk than others in any given state”, and the report duly identifies the groups in each State which the authors conclude to be under most threat: usually ethnic or religious minorities.²⁰

2. Human security as the defence from risks related to development and socio-economic conditions (the ‘broad’ view)

19. This category of measuring exercises adopts the ‘broad definition’ of human security related more to ‘freedom from want’, an approach that remains closer to economic, social and cultural human rights (ESC Rights). These efforts have in general been less elaborated, possibly in part because of parallel existing indices carried out by the UNDP or the Millennium Development Goals, and the current Sustainable De-

¹⁶ The Human Security Report Project, coordinated by Andrew Mack, was transferred in May 2007 from the Human Security Centre at the Liu Institute for Global Issues, University of British Columbia, to the School for International Studies of Simon Fraser University in Canada. This School has continued the task of issuing the annual report.

¹⁷ HUMAN SECURITY REPORT PROJECT, *Human Security Report 2005. War and Peace in the 21st Century*, Human Security Centre, University of British Columbia, Canada, Oxford University Press, 2005, p. VIII.

¹⁸ HUMAN SECURITY REPORT PROJECT *Human Security Report 2012: Sexual Violence, Education, and War: Beyond the Mainstream Narrative*, Human Security Press, Vancouver, 2012.

¹⁹ *Peoples Under Threat, Online Briefing* (by Mark Lattimer), Minority Rights Group International, 2012, p. 7, available at <http://www.minorityrights.org/11337/peoples-under-threat/peoples-under-threat-2012.html>

²⁰ *Ibidem*.

velopment Goals (SDG) adopted by the UNGA in 2015, but mostly because the eclectic types of diagnosis have been predominant, as will be seen below. Such eclectic measurements build on the present proposals and duly relate development concerns with levels of risk and human rights enjoyment. However, under the purely ‘broad’ understanding of human security, there are two identifiable approaches worth mentioning:

20. The proposal of Gary King and Christopher Murray who try to focus the human security definition on one’s “expectation of years of life without experiencing the state of *generalized poverty*”. In their definition, ‘generalized poverty’ means “falling below *critical* thresholds in any domain of well-being”; for which they also provide a review and categories of “Domains of Well-being”.²¹

21. Following this line, John F. Jones has advocated for the Millennium Development Goals (MDG)²² (a position that as of today would be applicable to the Sustainable Development Goals), as the adequate indicators to measure human security, as broad structural aims with quantitative and qualitative parameters in the socio-economic field, agreed upon by the international community within the formality of the UN institutional setting.²³ Carla Ferstman and Alice Edwards have also voiced their support for adopting a broad definition of human security to “combine both traditional security issues and their impact/intersection with non-citizens (e.g. terrorism and armed conflict), with issues that have not been traditionally seen within a security framework (e.g. development, poverty and the environment)”.²⁴

3. Eclectic positions

22. These proposals attempt to further explore the triangle of security, development and human rights as advanced by recent ideas on human security, all sharing a risk-based focus and concentrating on a people-centred approach:

23. Some authors have attempted to determine if human security primarily is a phenomenon of economic development, institutional quality, geography, or some combination. Of these factors, they explore ‘deep determinants’: factors that are strongly correlated with increases or sustained levels of human security. An original proposal, with a very helpful historical perspective, has been presented in applying such model to a sample of former colonies. This focus allows for concentration on those populations facing the greatest human security risks. According to the authors, while economists have investigated some elements of the general human security puzzle, thus far their research has produced statistically robust yet theoretically thin findings. This model attempts to correct for these theoretical shortcomings through the inclusion of strictly focused political and social variables.²⁵

24. Thus, the authors propose human security as the dependent variable (DV) in their study, which is composed of the five main domains identified by King and Murray (referred to above in the previous section on the broad concept of human security): (1) income; (2) health; (3) education; (4) political freedom; and (5) democracy, applied to 72 former colonies, both developed and developing countries today. The study uses such domains as a departure point but places more emphasis on the *influence of institutions* as a deep determinant for human security, or its degradation.

²¹ G. KING, AND C.J.L. MURRAY, “Rethinking Human Security”, in *Political Science Quarterly*, 2004, pp. 586-610. Emphasis added.

²² Millennium Development Goals, adopted by the UN General Assembly in 2000, available at <http://www.un.org/millenniumgoals/gender.shtml>. In 2015, countries adopted the 2030 Agenda for Sustainable Development and its 17 Sustainable Development Goals: see <http://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>

²³ See RDD. *Regional Development Dialogue: Assessing Human Security*, Vol. 31, No. 1, Spring 2010, United Nations Center for Regional Development, Nagoya, Japan.

²⁴ A. EDWARDS, AND C. FERSTMAN (editors), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 24.

²⁵ J.J. ST. MARIE, S.S. STANTON, JR. AND S. NAGHSHPOUR, “The Colonial Origins of Human Security: Economic, Geographic, and Institutional Determinants”, in *Politics & Policy*, Volume 36, No. 1, 2008, pp. 80-106.

25. This analysis notes that while human security seems to be a more pressing concern in developing states, other points stick out in the results, leading to substantive conclusions. First, the level of democracy is not necessarily a good indicator of human security. While on the surface it is easy to claim that humans are more secure in democracies, this is not necessarily the case. In fact, the data indicate that given the type of exports and latitude, people may be safer in a more autocratic State, especially if the country has low levels of ethnic diversity. The authors find the controlling factor ‘ethnic linguistic differences’ to be substantively important. Second, economic factors seem to be reliable in explaining levels of human security. However, it is not all forms of economic behaviour that have correlations with human security. Openness to foreign trade and exchange rate do matter. The results for institutional factor are the most robust and significant, and they indicate that strong institutions can act as a guarantor of human security, even in developing countries.

26. This last finding would seem to point to the relevance of exploring the capabilities of human rights norms and standards as a an essential tool for designing and implementing public policies and building cooperative institutional networks, as the items identified in this article suggest.

27. One of the measurement proposals of human security, released in December 2010, has been developed building on existing quantitative and qualitative data and resources from several international organizations, academic institutions and NGOs, to generate a ‘Human Security Index’ (HSI). The HSI took the existing Human Development Index of the UNDP (HDI) as its main starting point, and expanded the geographic coverage to 232 countries and dependencies (compared to 169 measured in the 2010 UNDP report) improving what its central proponent, David A. Hastings, perceived as gaps in the HDI.²⁶ The HSI is built around a “trinity of Economic, Environmental, and Social Fabric Indices”, and integrates interesting data and existing composite indicators such as the Environmental Vulnerability Index and the Gender Gap Index. The HSI would appear at first stance as a review closer to ESC Rights. However, when looking at the determining components of the indexes, one finds income inequality, food security, health, *peacefulness and governance*, these two not far from classic concerns of civil and political rights. The element of *peacefulness* considers, for example, incarceration rates measured through the *World Prison Population List* and the *World Pre-Trial/Remand Imprisonment List*,²⁷ themes related primarily to the rights to liberty and security of the person, as well as the rights of access to justice and fair trial, again, typical civil and political rights.

28. Interestingly enough, viewed from a gendered perspective as that advocated for in this article, the HSI creators, based on a proposal by Janet Billson, consider that “*domestic violence* would be an invaluable, though very challenging, phenomenon to characterize through some form of indicator. Human Security Index... would be tempted to place such an indicator in this grouping on *peacefulness*”,²⁸ if such a measurement existed.

29. It is to be celebrated that the HSI reflects on the need of adopting a broader understanding of the peace/violence dichotomy, especially in relation to domestic violence, and the hope is expressed for a proper methodology to be developed in the future in order to duly incorporate such view to the Index.

²⁶ Human Security Index in its first version was proposed in 2008, building on the HDI, but modified in this exercise by indicators of equitability and inclusiveness. See Hastings, David A., "The Human Security Index: An Update and a New Release", HumanSecurityIndex.org, 2012, available at http://www.humansecurityindex.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/02/hsiv2-documentation-report1_1.pdf. See also by the same author "From Human Development to Human Security: A Prototype Human Security Index", United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP), Working Paper WP/09/03, 2009, available at <http://www.unescap.org/publications/detail.asp?id=1345>; "Filling Gaps in the Human Development Index". UNESCAP, Working Paper WP/09/02, 2009, available at <http://www.unescap.org/publications/detail.asp?id=1308>; and "Describing the Human Condition – from Human Development to Human Security", GIS-IDEAS 2008 Conference "Towards a Sustainable and Creative Humanosphere", 2008, available at <http://wgrass.media.osaka-cu.ac.jp/gisideas08/viewabstract.php?id=299>.

²⁷ See <http://www.humansecurityindex.org/?p=92>

²⁸ *Ibidem*.

It is submitted, though, that such a proposal would be enriched with looking also at human rights indicators and standards in this field, including the quasi-judicial and judicial criteria developed on the basis of the normative framework on Violence Against Women (which of course includes ‘domestic violence’), and the proper definition of this type of violence, as referred to in the following section.

30. In a line that places more emphasis on subjective elements of security, but also following an eclectic position that moves beyond measurement solely of physical violence and considers socio-economic-related risks, we may find the proposal by Ronald F. Inglehart and Pippa Norris. Their work firstly presents an analytical model of human security, and secondly, argues that it is important to measure how ordinary people perceive risks, moving beyond state-centric notions of human security. Also utilizing the work of King and Murray as a platform based on *levels of severity* of objective factors of well-being (referred in point 2 above), the authors move forward to examine new evidence that draws upon survey items specially designed to monitor perceptions of human security, included for the first time in the sixth wave of the World Values Survey (WVS), with fieldwork conducted in 2010-12. The results, taken through examining a group of seven countries with different levels of human development and democratization (United States, Sweden, Japan, the Republic of Korea, Spain, Trinidad and Tobago, and Morocco), demonstrate that people distinguish three dimensions –national, community and personal security– and consequently the authors explore some structural determinants driving these perceptions.²⁹

31. Within the questions presented by Inglehart and Norris to build their survey and indicators, specifically under the axis of national security, several are related to persons or groups in conditions of vulnerability, signalling illustrative perceptions related to gender inequality and social attitudes towards migrants: “When jobs are scarce, do men have more right to a job than women? Is a university education more important for a boy than for a girl? When jobs are scarce, should employers give preference to people of (your nationality) over foreigners? Would you be willing to have a foreign worker/immigrant as a neighbour?”

32. At the same time, the model also evidences perceptions of (in)security of immigrants themselves (among other sectors of national population), within the indexes of both community and personal security, under questions such as: “In the last 12 months, how often has your family– Gone without enough food to eat? Felt unsafe from crime in your home? Gone without medicine or medical treatment that you needed? Gone without a cash income?” Regarding personal security, the model reflects the results from questions as “How frequently do the following things occur in your neighbourhood? – Robberies; Alcohol consumption in the streets; Police or military interfere with people’s private life; Racist behaviour; Drug sale in streets”.³⁰

33. On the basis of the results, the authors discuss why perceptions of human security matter, particularly for explaining cultural values and value change around the world. The conclusion argues that the shift from a narrow focus on military security toward the broader concept of human security is a natural response to the changing challenges facing developed societies, in which the cost-benefit ratio concerning war has become negative and cultural changes have made war less acceptable. In this setting, valid measures of perceptions of human security have become essential, both to understand the determinants of the concept among ordinary people and to analyse their consequences.

IV. A human security measurement founded on international law: gendered and human rights-based approaches to human security

34. In line with the wide-ranging ‘common understanding’ of human security proposed by the UN SG in his Report of April 2012 and agreed upon by the UNGA in September 2012, this text argues

²⁹ See R. F. INGLEHART, AND P. NORRIS, ‘The Four Horsemen of the Apocalypse: Understanding Human Security’, The 2011 Johan Skytte Prize Lecture, *Scandinavian Political Studies*, Volume 35, Issue 1, 2012, pp. 71-96.

³⁰ *Ibid.*, Appendix, p. 94 and analysis on p. 84.

that a broad definition of human security, which encompasses *all* human rights, has many advantages. At the same time, it suggests that the incorporation of human rights standards may partly contribute in the task of better defining the scope of human security and providing tools for the assessment of concrete situations, in the ways spelled out in the following paragraphs.

1. *A threshold valuation to guide human security measurement*

35. To evaluate which threats are to be considered in relation to which rights within the human security measurement, will depend on the *critical* and *widespread* nature of the risk affecting a certain right or set of rights and the level of vulnerability experienced by certain persons or groups, and this will determine the prioritization and course of action that the realisation of human security and human rights require in each context-specific case. The methodology to identify such risks factors and conditions of vulnerability would be built upon the quantitative and qualitative proposals reviewed in this text as those closer to a holistic human rights' appraisal and would go a step further in incorporating UN human rights indicators, as well as other sources of diagnosis such as reports by regional human rights bodies, national and local human rights institutions, and civil society documentation.

36. Still, the inclusion of the whole panoply of human rights in the sphere of human security preoccupation may raise reasonable concerns as to whether the notion we end up with is too broad to be workable. It is therefore worth exploring some attempts to surpass a narrow conception of human security, while at the same time searching for a functional definition that enables its practical use. In view of the ongoing efforts in the UN context to discuss the notion of human security this exercise seems particularly timely.

37. Concerned with the breadth of the term, and in line with his holistic approach to human security explained below, Taylor Owen has proposed a *threshold-based* conceptualization, one rooted in the original UNDP definition. In his view, this perspective offers a conciliatory way forward to what is often characterized as a fractured debate. He suggests that limiting threat inclusion by severity, rather than by cause (socio-economic vs. political) bridges the divide between the broad and narrow proponents, addresses the many critiques of the concept, and provides a clear policy agenda operating on various scales.³¹

38. Thus, based on the 1994 UNDP classification of insecurities as well as the idea of threats drawn by the 2003 Report of the Commission on Human Security, he provides a definition of human security as “the protection of the vital core of all human lives from critical and pervasive environmental, economic, food, health, personal and political threats”.³² The UNGA position of 2012 also provides for an integral understanding of human security as concerned with civil, political, economic, social and cultural rights. As to the criteria for drawing the line of the threshold (whether number of deaths associated to the specific threats or monetary costs to provide due protection, for example), Owen's proposal is that this line is best seen as *political* and thus must be determined by political priority, capability and will. Acting in this way, he claims, the idea of human security may work “as a threshold beyond which a wide range of issues become something similar, something requiring the unified policy response granted to security threats”.³³

39. Supporting this threshold-based definition, Shahrbanou Tadjbakhsh has made the point that “Thresholds of human security are not to be defined in terms of isolated violent acts or by sporadic

³¹ See T. OWEN, “Human Security - Conflict, Critique and Consensus: Colloquium Remarks and a Proposal for a Threshold-Based Definition”, in *Security Dialogue*, Vol. 35, No. 3, International Peace Research Institute, Oslo, Norway, Sage Publications, 2004, pp. 373-387.

³² *Ibid.*, p. 383. Notice that the category of “community security” proposed by the UNDP is purposely not included in Owen's definition. He defends the need to limit human security to critical and pervasive threats to the vital core, something he feels does not encompass the integrity of culture, footnote 17 on p. 383.

³³ *Ibid.*, p. 384.

human rights violations, but as *structural* in nature”,³⁴ in parallel to what is argued in this text. The identification of a human security concern should then consider qualitative and quantitative indicators, turning to subjective security –what people perceive as the main threats affecting them–, and objective security –risk assessment based on external criteria–. But the exercise of identification is also political “as it points up a wide range of issues for the national and international actors who are responsible for providing human security as a public good.

40. A threshold-based definition recognizes that certain threats cannot be dealt with by traditional institutions but are severe enough to require immediate action, both in the short term to handle the crisis and in the long term to prevent reoccurrence”.³⁵ Human rights indicators and standards can be of great relevance in identifying these issues that allow for drawing the threshold and that trigger the State’s human obligations, and the type of institutional responses required according to human rights criteria, as is developed in this article.

41. Thus interpreted, what the notion of human security mostly allows for is to identify situations of serious threats, which we could generically call *risk situations*. The factors that may come together in generating a risk situation might be several and can include the gravity of the violation of certain human rights; the widespread or systematic nature of a certain type of violations and/or the fact that the violations targets or has a disparate impact on what we could call a vulnerable population, meaning a population living in *structural* conditions of inequality or disadvantage, with a whole set of rights insufficiently guaranteed, and hence more susceptible to be severely affected by particular risk factors.

42. Taylor Owen underlines that the first opportunity and main responsibility for ensuring human security should fall on national governments,³⁶ a position confirmed by the Second and Third Reports on Human Security by the UNSG (2012 and 2013), and confirmed by the UNGA in 2012, as indicated above. Although the duty bearer for human security remains in the realm of public power as the adequate actor to guarantee the coordinated institutional mechanisms necessary for its protection, let us not forget that certain forms of “private” threats, such as those stemming from domestic violence and other forms of violence against women, should also be addressed by the State under the human security notion through a due diligence obligation, as this text argues. Regarding the realm of private power, one could also think of ongoing reflections on the role of transnational and other business corporations as creators or contributors to risk factors, conditions of vulnerability, and human rights violations, particularly of ESC Rights.

43. At the same time, let us keep in mind that the human security vision underlines equally strategies both of protection and of *empowerment*. In consequence, the identification of threats and the construction of norms and policies to address them, must involve community participation and civil society actors, through the assessment of their perceptions of risks and the best ways to build resilience to confront them. Indeed, being security an inter-subjective phenomenon, this social evaluation would

³⁴ S. TADJBAKSH, “Human Security: Concepts and Implications with an Application to Post-Intervention Challenges in Afghanistan”, in *Les Études du CERI*, N° 117-118 - September 2005, p. 9.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ However, Taylor Owen indicates that if threats crossing the human security threshold are caused by governments or if governments are unable to protect against them, the international community should carry out actions, “Human Security - Conflict, Critique and Consensus: Colloquium Remarks and a Proposal for a Threshold-Based Definition”, *op. cit.*, p. 384, but here one would be facing a scenario of possible humanitarian intervention, which is a whole other realm of proceedings. In any case, the criteria set forth in the UN Charter and Public International Law would have to be observed. One must keep in mind, though, that we are discussing two different concepts referred to two diverse stages, given that if humanitarian intervention –through the responsibility to protect or any other criteria– becomes necessary in a certain context, it is at a juncture in which a generalized condition of human security has failed in relation to that population. Also, as Yukio Takasu, Special Adviser of the UN Secretary General on Human Security, pointed out in summarizing the positions expressed in the UNGA informal debate of 14 April, 2011: there seems to be consensus among Member States on the reaffirmation that, in line with the Charter, armed force could never be used in any way to further the goals of human security, making a clear distinction with the ‘responsibility to protect’, as has been confirmed by the UN SG’s Report of 2012 (Personal record taken at the informal debate of 2011).

constitute one of the two basic foundations of human security, the other being objective indicators relating to the different elements of the notion, such as development, respect for human rights and effects of violent or armed conflict.³⁷ It is at this crossroads that human rights law becomes a necessary tool for helping to illustrate the possibilities for civil society and State action and cooperation, as well as to define more clearly State duties that impact on human security.

44. This vision of human security, which does not primarily rest on the hierarchical ordering of human rights, would have a *bi-directional relation* to the concept of human rights: on the one hand, in order to identify risks properly and define where to draw the threshold line but also what type of State (or other) action is required, one would have to use as an indicator the levels of enjoyment of human rights and also rely on the protection standards delimiting State obligations in human rights law, as illustrated in the previous section. To do this, more concretely, one would look at the sources of information that detect risks and highlight levels of enjoyment of human rights (or lack thereof) in concrete situations, as mentioned in this article.

45. Diagnoses applying legal analysis to factual situations would include, for example, reports by UN and regional human rights mechanisms on country visits, such as those of Special Rapporteurs and treaty bodies, NGO reports, and Public Programs or Governmental Plans of Human Rights designed and implemented with the cooperation of the UN Office of the High Commissioner for Human Rights.³⁸ The proposed examination would also take into account the normative standards contained in the jurisprudence and interpretative work that has been carried out by human rights mechanisms and courts.

46. On the other hand, in spelling out the human rights obligations deriving from risk situations, emphasis should be placed on the State's obligation to carry out primarily actions of *prevention*, as well as actions of *attention* and *mitigation*, against risks and vulnerabilities affecting people's overall level of security. The obligation of *reparation* under the human security notion should also be underlined, in cases in which the prevention, attention and mitigation failed, and the human rights violations were already produced. Such mechanisms of redress should be proportionate to the risk suffered and the vulnerability unattended, that is, in cases of structural vulnerability, the reparations should be consequently provided for in order to genuinely tend to the *repairing* of the damaged social environment which facilitated the human rights violations and to the *constructing* of collective and institutional conditions that allow for human rights' respect and protection.

47. Given that the proposed conception of human security would look at the severity of the threat or condition of structural vulnerability in order to decide when there is a risk situation, the declaration of a risk situation would act as a "detonator" activating human rights' obligations of the State, especially to take preventive measures, to address the violations of human rights that have already taken place as soon as possible and to grant reparations that redress individuals and communities for the harm they have suffered while seeking to address the systemic shortcomings. In this sense, the idea of human security risk would function as a kind of "red alarm" or state of exception, but in an inverse way,

³⁷ For example, from UN human rights mechanisms, the annual reports of Charter-based and treaty-based monitoring bodies; from international organizations, the Annual Human Development Index of UNDP, the World Development Report of the World Bank; from the academic and civil society sector, the Human Security Index, the Human Security Report Project, the Peoples Under Threat Report, the annual reports of Human Rights Watch or Amnesty International. Depending on the kind of threat and situation under review, the same type of analysis could be replicated at the regional, national or local level, looking at the applicable institutions, and including national human rights institutions and judicial decisions by human rights courts in the applicable cases. See also *Human Security Handbook*, UNTFHS, OCHA, 2009.

³⁸ See for example those of Guatemala, Mexico (at the national level), and Mexico City, in: http://www2.ohchr.org/english/issues/plan_actions/docs/Guatemala2007-2017.pdf; <http://www.amdh.com.mx/ocpi/documentos/docs/6/27.pdf>; and <http://www.derechoshumanosdf.org/portal/> For a general analysis on the construction of public policies with a human rights-based approach, see D. VÁZQUEZ, AND D. DELAPLACE, "Public Policies from a Human Rights Perspective: A Developing Field", in *Sur – International Journal on Human Rights*, v. 8, n. 14, June 2011 (Biannual, English Edition), pp. 33-62, available at <http://www.surjournal.org/eng/conteudos/pdf/14/02.pdf>

meaning that the State would have reinforced obligations to prevent, protect and remedy in light of an endemic situation of violation human rights amounting to serious threats of basic human well-being.

48. This understanding of human security would have implications for poverty-stricken, marginalised or at risk sectors of the population, such as women and girls in danger of or experiencing violence. Identifying severe threats to their basic well-being, whether they be linked to the variety of human rights that are often not adequately guaranteed, the seriousness or systematic nature of some of the violations they suffer, but also the compounded effect of the violations in situations in which they encounter multiple and structural forms of discrimination, promises to deliver a much more complex picture than the one provided by an analysis that looks at different individual human rights violations as separate events affecting isolated individuals. It also renders obvious the need to give due visibility to threats stemming from private actors, by reinforcing State due diligence obligations in view of the fact that, in situations of risk, the State knew or should have known about existing conditions of vulnerability.

2. Gender and human rights law as components of human security indicators

49. Built upon the proposals reviewed in the sections above and moving a step further, this article proposes to conceive a human security diagnosis based on a human rights-based approach (HRBA).

50. As reviewed, a broad idea of human security seems to hold more promise in making visible the threats to persons or groups that would otherwise possibly remain unseen in two fronts: i) all the other categories of widespread threats that do not necessarily involve the most grave cases of harm: genocide, crimes against humanity, war crimes, mass killing or other systematic violent repression; but that represent nonetheless severe risks to persons or collectivities, for example, extreme poverty or systemic forms of violence that are frequently shadowed to the public eye, such as certain forms of violence against women, for example, domestic violence; and ii) the threats affecting a certain part of the population (think of women and girls), or certain sectors of society (consider undocumented migrants) - that because of their non-membership or contingent relationship to ethnic, linguistic or religious minorities, become trapped in the middle of other existing categories, and the particular risks confronted by them are underrepresented or rendered invisible. In these cases, gender and legal status related to entry or residence in a given State –possibly added to class, race, national origin, ethnicity or skin colour– become the two driving factors for discrimination and other human rights violations, a risk which human security may highlight in a more efficient and decided manner.

51. As Taylor Owen puts it,

the broad versus narrow conceptualization, while theoretically useful, is practically counter-productive. It implies that the narrower the definition, the easier the threat assessment and indicator selection and the more precise the final account will be. This need not be the case. Human security threats should be included not because they fall into a particular category, such as violence, but because of their actual severity. In this conception, what human security means is not defined by an arbitrary list, but by what threats are actually affecting people.³⁹

52. For this reason, and in line with his threshold-based approach reviewed above, Owen advocates in favour of a ‘hybrid definition’ that takes into account levels of severity of each particular threat.⁴⁰ Consequently, this study agrees with the position of a threshold-based definition, but proposes to incorporate gender and human rights standards into such evaluation of severity and at the same time to use such standards in order to translate the human security assessment into specific human rights obligations.

³⁹ T. OWEN, “Challenges and opportunities for defining and measuring human security”, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ *Ibidem*.

53. Indeed, in conceptualising and measuring gender-based violence, particularly against women, various human rights standards have been formulated,⁴¹ for instance, recently by the Inter-American Commission on Human Rights (IACoHR), through the report *Legal Standards: Gender Equality and Women's Rights*, of 2015.⁴² Also, the most recent General Recommendation by the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), of 2017, endorses the measurement of State compliance with its due diligence duty to prevent violence against women and that of protecting them from this particular form of discrimination against women. Actually, it specifically recommends States to 'Ensure that the process of collecting and maintaining data on gender-based violence against women complies with *established international standards*'.⁴³

54. It must be noted in this respect that different scholars have examined the connections of human security to gender, feminism, and/or women's rights from a wide range of perspectives, academic disciplines, and positions. Feminist views have not always seen eye to eye with the human security concept. Indeed, some have been critical of human security as gender-neutral, and thus, gender-biased and gender-blind (under the consideration that we are all 'humans' without due regard of particular experiences of women, of intersectionality, or of myriad forms of gender-based discrimination and violence).⁴⁴

55. In this context, my view is that the notions of human security enshrined in the UNDP 1994 Report, the 2003 CHS Report and the 2012 UNSG Report are still worth defending, especially in view of competing and narrower notions enshrined elsewhere endorsing the dichotomous approach to the "freedom from fear" or the "freedom from want" dimension of human security, as analysed above.⁴⁵

56. At the same time, it is my understanding that the concept of human security could be improved and surmount feminist criticism, if it were able to duly take advantage of the way in which human rights standards and indicators can contribute in the definition and assessment of the levels of protection of human security in general,⁴⁶ and of the human security of women and girls in particular.

57. In the framework of international human rights law, we find some measurement devices that may be useful for such an endeavour:

The *Universal Human Rights Index (UHRI)* is designed primarily to facilitate access to human rights recommendations issued by three key pillars of the UN human rights protection system: the Treaty

⁴¹ For a full conceptual analysis, see, e.g., A. EDWARDS, *Violence against Women under International Human Rights Law*, Oxford University, Refugee Studies Centre, 2010. See also the UN Secretary General's Database on Violence Against Women (VAW), and UN Women Indicators on VAW, which consider the qualitative analysis by the different UN Special Rapporteurs on VAW (one of the human rights monitoring bodies appointed by the UN Human Rights Council), at <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-issues-focus.htm>

⁴² IACoHR, *Legal Standards: Gender Equality and Women's Rights*, IACoHR, Washington, D.C., 2015.

⁴³ UN COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, 'General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19', CEDAW/C/GC/35, 26 July 2017, para. F.,34,d); see also b) and e) in this respect.

⁴⁴ See, e.g., H. HUDSON, "'Doing" Security As Though Humans Matter: A Feminist Perspective on Gender and the Politics of Human Security', in *Security Dialogue*, vol. 36, no. 2 (June 2005) 155-174; and more generally A. TRIPP, M. MARX FERREE AND C. EWIG (eds), *Gender, Violence and Human Security: Critical Feminist Perspectives*, New York University Press, 2013.

⁴⁵ In particular, the idea of human security is still often limited to security as protection from violent conflict (both inter-State and increasingly also intra-State). Alternatively, as we have seen above, sometimes the emphasis is overwhelmingly placed on the protection from risks related to development aspects and socio-economic conditions, as the proposals by King and Murray. However, an integral approach to threats has actually been adopted in different national or regional UNDP Reports, for example the 2004 National Human Development Report on Afghanistan, *Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities*, the *Arab Human Development Report 2009: Challenges to Human Security in Arab Countries*, and the *Human Development Report 2009/10, occupied Palestinian territory: Investing in Human Security for a Future State*.

⁴⁶ Interestingly enough, the need to turn to human rights indicators and profit from the extensive work already developed in this field and build upon the coordination carried out by the OHCHR, was actually highlighted more distinctly in the 2009 *Responsibility to Protect Report (R2P)* of the UNSG than in the 2010 analogous Report on Human Security. The human security advocates would possibly benefit from looking at the work by their neighboring companions from the R2P world.

Bodies established under international human rights treaties as well as the Special Procedures, and the Universal Periodic Review (UPR) of the UN Human Rights Council. The UHRI offers instant access to objective and comprehensive information on human rights situations around the world. The information compiled in the Index enables users to gain an international perspective on national and regional human rights developments; align the conclusions and/or recommendations of treaty bodies, the special procedures and the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council; and give an overview on cooperation between States and international bodies and mechanisms. According to the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), the Index aims at assisting States in the implementation of recommendations and at facilitating follow-up. It also greatly simplifies the work of the United Nations, National Human Rights Institutions (NHRIs), non-governmental institutions and other civil society actors and researchers using these UN recommendations in their work.⁴⁷

58. Similarly, the *Report on Indicators for Promoting and Monitoring the Implementation of Human Rights* was prepared also by the UN OHCHR in response to a request from the inter-committee meeting of treaty bodies (ICM) in June 2006 asking the Secretariat to undertake validation of the approach on the use of statistical information in States parties' reports, develop further list of indicators and submit a report on this work to the seventh ICM in 2008.⁴⁸ This report outlines the adopted conceptual and methodological framework for identifying the relevant quantitative indicators as it evolved between 2006 and 2008. It discusses the relevance of using the configuration of "structural-process-outcome" indicators for the said framework and highlights some considerations in the selection of the illustrative indicators on different human rights. It outlines the results from regional and country-level consultations and feedback from the validation exercises undertaken for this work. It also reflects on some issues relevant for taking this work forward at country level.

59. The UN OHCHR's *Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation* were issued in November 2012 as a set of markers for human rights' monitoring and diagnosis, resulting from the previous exercises. The indicators do not count for measuring a State's full compliance with human rights standards, but they do however, as the name signals, constitute a symbolic message in the sense of evaluating a State's performance in human rights issues. The Guide also mentions some successful experiences of application of such indicators as the basis for State reporting in compliance with human rights treaties, in the cases of Guatemala, Mexico, Kenya, Sweden and the United Kingdom. Guatemala is the first country to have used the indicators in 2009 to carry out its reports presented to monitoring mechanisms.⁴⁹ Such indicators open the door for further exploration as useful tools for a human security diagnosis with a strong HRBA in order to identify and assess levels of risk and vulnerability affecting human rights.

60. To relate human rights indicators to human security assessments as proposed in this text, let us consider for example the last section of the above mentioned UN OHCHR *Report on Indicators*. This part of the report presents a very useful set of tables that encapsulate in a graphic manner the theoretical and practical basis developed throughout the document, a feature which could prove very useful for the intended aim of facilitating State reporting to human rights monitoring bodies and the consequent work of analysis by such bodies. For instance, related to the topic the types of security considered within international human rights law, the charts of the UN OHCHR *Report on Indicators* present relevant parameters to summarize and assess the level of compliance in relation to the human rights of personal security, social security, food security (within the right to food) and security of tenure (within the right

⁴⁷ See <http://uhri.ohchr.org/about>

⁴⁸ UN International Human Rights Instruments, HRI/MC/2008/3, 6 June 2008.

⁴⁹ UN OHCHR, *Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation*, HR/PUB/12/5, UN, New York and Geneva, 2012; see also "Ground breaking work from the UN Human Rights Office – UN High Commissioner for Human Rights Navi Pillay introduces a guide to human rights indicators", and "Indicators: essential tools for human rights", 7 November 2012, available at <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/IndicatorsessentialtoolsinrealisationofHR.aspx>

to adequate housing)⁵⁰ and would, of course, have to be further explored in light of the publication of the *UN OHCHR Guide to Human Rights Indicators*, of November 2012, and updated views, for instance, on how to measure human rights to support sustainable development in light of the SDG adopted in 2015.⁵¹

61. Apart from the described universal index and the project for generally valid human rights indicators at the UN level, as referred to above, there are several developments in human rights law at the regional level also in the realm of creation of indicators, for example, in the field of economic, social and cultural rights in the Inter-American context or to measure State compliance with human rights standards and judgments within the European and African human rights systems.⁵²

62. These and other qualitative and rights-based criteria that can serve as guidelines, such as the jurisprudence created by international and regional human rights quasi-judicial and judicial bodies, would be used to examine in a human security evaluation the actual levels of (un)fulfilment of rights according to severity and pervasiveness. This assessment, in turn, would be one of the elements considered to identify and determine levels of risk to human rights and thus, the status of human (in)security in a given context.

63. In any case, these proposals as to how human security could integrate a gendered and HRBA in a manner relevant to international policy frameworks, and the implications of *global governance* for the law more generally, have been studied in detail and are still an issue open for further development.⁵³ Suffice it to say in this respect that a broader policy-prescriptive task is to be found in human security advocacy in the field of human rights, possibly influential at the global but also at the regional and national levels.⁵⁴ This function may be developed when dealing with structural vulnerabilities, precisely because of their collective, widespread and multidimensional character. Similar proposals for human rights institutions to work together with states in favour of human rights oriented public policies are already on the table in the Inter-American system.⁵⁵

64. In particular, this study proposes that the attention to risks affecting human rights of people could be benefitted from a human security analysis as a vehicle for highlighting the importance of certain concrete actions of prevention, mitigation, and if necessary, reparation, related to such risks or actual violations, and developing these actions further.

65. Some of the identified benefits of constructing indicators on this basis would be, for example, the facilitation of fact-finding and evidence-based work as part of preventive strategies; the coor-

⁵⁰ *Ibid.*, Annex I. List of Illustrative Indicators, pp. 21-33.

⁵¹ For detailed information, see UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Human Rights Indicators*, at <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Indicators/Pages/HRIndicatorsIndex.aspx>

⁵² See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Guidelines for Preparation of Progress Indicators in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, IACoHR, 2008; and R. MURRAY AND D. LONG, *The Implementation of the Findings of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, especially at pp. 35-43. Think also of the monitoring mechanism of the European Committee of Ministers regarding implementation of judgements of the European Court of Human Rights.

⁵³ See K. E. DAVIS, B. KINGSBURY AND S. ENGLE MERRY, "Indicators as a Technology of Global Governance", *op. cit.*

⁵⁴ Academic work on human rights and public policy is starting to develop, as already referred to. Some examples of how this relationship unfolds in practice are also to be found. In addition to the cases of National Human Rights Programs of Mexico and Guatemala mentioned in section I.5.3 on the 'working understanding' of human security below, at a broader geographic level, in Latin America, we find another example in a concrete human security-human rights concern, in addressing violence against women. The Regional Program in Latin America of UNIFEM (today incorporated into UN Women), "Ciudades Seguras: Violencia hacia las Mujeres y Políticas Públicas" ("Safe Cities: Violence Against Women and Public Policies"), that serves the purpose of strengthening the active citizenship of women in the exercise of their rights, with the goal of reducing the public and private violence that is displayed against them in cities and urban centers. This is also an example of successful institutional partnership between a UN body, civil society and national governments, available at http://www.americalatina.genera.org/es/index.php?option=com_content&view=article&id=295&Itemid=170

⁵⁵ See A. DULITZKY, "The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes", *Quebec Journal of International Law* (Special Edition), 2011, pp. 142-143 and 163-164.

dination between different existing studies of quantitative nature, giving elements for the qualitative analysis of threats that emerges from the mapping of diverse reports and sources; the strengthening of a coordinated institutional response and dialogue between bodies that would normally not engage with each other; when called for, once the ‘alarm’ has been triggered, the activation of the State’s positive obligations, to take adequate operational preventive or corrective measures. These measures should reinforce human rights and establish a viable institutional system for granting reparations when required, but also enhance human capabilities, in order to increase the individual’s life options –particularly, the woman’s vital realm of choice– to be able to surpass her condition of structural vulnerability and fully experience *freedom from fear, from want and to live in dignity*.

66. As additional advantages of human security that may be further explored, we find its capacity of promoting successful institutional partnerships as well as joint collaborations with civil society, also in the field of legal norms and public policies with a human rights-based approach. This would contribute to advocating for legal interpretations recognizing the collective and interconnected dimensions of human rights, including in the issue of reparations and advancing a ‘rule of rights’ instead of only a ‘rule of law’.

67. Apart from the conceptual advantages of a gendered and human rights based-approach to human security, these examples illustrate how it may also be *strategically* and *institutionally* relevant to incorporate precise legal human rights components to certain identified elements of the human security notion, such as its conception of violence, for instance. And inversely, potentials may be found in applying a human security lens to human rights legal interpretation when confronted with situations affecting persons in conditions of structural vulnerability.

68. Under this light, what appears to hold promise in the human security approach, if it is to be relevant and add value to existing conceptions and methodologies, is its capability to highlight the *interrelatedness* between conditions that would otherwise be analysed in an isolated, and therefore incomplete, manner.

69. The concerns of human security and international human rights law share a human-centred perspective and overlap in their concern with collective or structural vulnerabilities, that is, those created by severe and widespread threats. While human security provides for the identification of such pervasive risks situations, human rights law gives us the normative tools to address them. Both may complement each other insofar as human security alone lacks a strong normative legal grounding and human rights law on its own is generally constructed in terms of individual rights, making it difficult to legally tackle structural risks to rights.

70. A human security-human rights symbiosis, though, opens the door for creative integrated interpretations of human rights that look at such socially extended risks in an interrelated, less fragmented, manner and offer legal avenues to reinforce obligations that cover the whole spectrum of actions of prevention, protection and reparations related to human rights violations. At the same time, such an interaction of human security with human rights directs us to the construction of a facilitating environment for the fulfilment of the human rights of all, particularly of those placed in conditions of vulnerability, such as millions of women and girls worldwide.

V. Conclusions

71. The use of indicators is a useful and innovative technique in international law and global governance. However, this study has contended that indicators and other forms of quantitative and qualitative measurement should be used with some form of normative reference to give them grounding, context and operational applicability.

72. In the case of human security, and other recent concepts in the international scenario, this study proposes that they have to be accompanied by human rights standards and indicators developed by international and regional human rights law.

73. From the whole examination presented above of the different conceptions and measuring exercises, it would seem that the human security debate had initially reproduced to a certain extent the division coming from the Cold War period, of separating human rights (civil and political/ESC Rights), based on hierarchical importance of rights and the risks related to their enjoyment. This seemed to be related as well to the perceived usefulness and viability –political or practical– of considering the fulfilment of certain rights or the protection of a set of risks as a matter of human security.

74. However, in the last few years, considering the creation of the HSI, the recent discussion within the UN, regional organizations, academic debate and civil society initiatives, there is evidence to suggest that, both at the conceptual and the operational level, there is relative agreement in adopting a broad understanding of human security that places at its core the protection of *all* human rights (even if for practical reasons, some measurement exercises have chosen to focus only on some aspects of the notion).

75. Such a position reinforces the international human rights law axiom of considering all human rights –civil, political, economic, social and cultural–, as universal, indivisible and interdependent. It must be flagged, however, that none of the measuring models of human security specifically adopt existing human rights indicators, and very few of the conceptual analysis explain exactly *how* human security relates to human rights, especially in the legal sense, and the potentials and implications of this relationship.

76. As it has been signalled, the criticisms, eulogies, and dominant trends of discussion described above have found their way inside the walls of the UN. A broad understanding of human security was, in fact, the view confirmed by international consensus through the adoption of a wide-ranging definition of human security by the UNGA in 2012 and confirmed by the UN Secretary General's Report of 2013.

77. I argue that any human security analysis would have to consider as one of the building-blocks –apart from the data on violent conflict, development and threats assessments indicated above–, the human rights indicators advanced by international human rights bodies (also regional and local if called for), such as the *Universal Human Rights Index*, the *Report on Indicators for Promoting and Monitoring the Implementation of Human Rights* and the *Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation*, all advanced by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights.

78. At the same time, it would have to include in its assessments of levels of risk, deprivation or violent conflict, indicators of human (in)security as related to violence against women, as well as broader diagnoses of discrimination against women under the normative human rights standards developed by international human rights law. At this point, let us only be reminded that conceptions of threat, conflict and violence, direct or indirect, related to armed force or not, should portray the threats posed to women and the experiences of violence as suffered by them in order to result in authentically representative and useful measurements of human security.

79. This would work for the benefit of human security and human rights and would orient better informed decisions and a more integral outlook to issues of global impact in the 21st century, particularly those affecting persons in conditions of discrimination and vulnerability, today counted in the billions and suffering human rights violations of a deep, chronic and grave qualitative character.

DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL LABORAL GENUINO Y LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

GENUINE POSTING AND THE LAW APPLICABLE TO THE EMPLOYMENT CONTRACT

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 05.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4113>

Resumen: La aplicación correcta de la Directiva 96/71 exige identificar el desplazamiento temporal genuino. A tal efecto, los criterios de la Directiva 2014/67 se muestran insuficientes. El artículo construye el concepto de desplazamiento genuino profundizando en los elementos definitorios del desplazamiento temporal: temporalidad, mantenimiento de la relación laboral con el empleador del Estado de establecimiento y vínculo con la prestación transnacional de servicios. La implicación práctica más importante es que las autoridades del Estado de desplazamiento pueden decidir la aplicación íntegra de su ley laboral cuando encuentran que el desplazamiento no es genuino.

Palabras clave: desplazamiento transnacional de trabajadores, ley aplicable al contrato de trabajo, libre prestación de servicios, derecho de la Unión Europea.

Abstract: The right application of Directive 96/71 requires the identification of genuine posting. To this aim the criteria laid down by Directive 2014/67 are insufficient. The article frames the concept of genuine posting building upon the defining characteristics of posting: temporality, the maintenance of the employment relationship with the home country employer, and the link with the transnational provision of services. The main practical implication is that the authorities of the host country can impose the full application of its employment law when they find that the posting is not genuine.

Keywords: posting of workers, law applicable to the individual employment contract, freedom to provide services, law of the European Union.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de desplazamiento de la Directiva 96/71. 1. Mantenimiento de la relación laboral entre empleador que desplaza y trabajador desplazado. 2. Temporalidad del desplazamiento. 3. Trabajo del desplazado y prestación transnacional de servicios. III. A la búsqueda del desplazamiento genuino. 1. Desplazamiento genuino y mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio. 2. Desplazamiento genuino y temporalidad del desplazamiento. 3. Desplazamiento genuino y prestación transnacional de servicios. IV. La sobreaplicación de la Directiva 96/71 y su control.

I. Introducción

1. En la práctica de la movilidad transnacional de trabajadores por cuenta de su empleador, una de las formas jurídicas más habituales es el desplazamiento temporal en el marco de una prestación transnacional de servicios. Tan típica y habitual es esta forma de movilidad que desde hace décadas es

objeto de una regulación específica, cuya disposición básica es la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación transnacional de servicios¹. Desde su aprobación misma, el grado de cumplimiento de esta Directiva ha estado siempre en entredicho, la casuística ha sido un semillero de problemas jurídicos y, por si fuera poco, el tema se encuentra en el centro de un debate político tan importante a nivel global como es el que pone en relación la diversidad de condiciones de trabajo con el comercio internacional, en particular el comercio de servicios².

2. El grado de cumplimiento de la Directiva 96/71 ha sido continuamente puesto en duda por numerosas voces; en el terreno político, especialmente por aquellas que representan a Estados miembros con condiciones de trabajo –sobre todo las salariales, pero no solo– relativamente elevadas. Este cuestionamiento es el que fundamentalmente ha conducido a la aprobación de una nueva Directiva, la 2014/67/UE, que pretende expresamente garantizar el cumplimiento de la Directiva de 1996³. Aunque tiene mucho de “norma de compromiso” y ha “eludido los problemas centrales” que viene planteando el tema⁴, la Directiva de 2014 contiene avances positivos, sobre todo desde la perspectiva de la actuación inspectora y de la cooperación interestatal⁵.

3. En uno de sus primeros Considerandos se encuentra explicitada la finalidad de la nueva Directiva de 2014: se trata de “la identificación de los desplazamientos reales y la prevención de abusos y elusiones”⁶. Uno de los problemas clave que han planteado siempre los desplazamientos acogidos a la Directiva 96/71 es ciertamente el de su “realidad”, pero en el sentido de autenticidad o genuinidad, no en el sentido de que el desplazamiento no exista en la realidad. Resulta preferible hablar de genuinidad, más que de realidad –“genuine”, no “real”, es el adjetivo que utiliza la correspondiente versión inglesa del texto que consideramos–, puesto que en español “genuino” es, según la Real Academia Española, lo “auténtico” y “legítimo”. Este matiz de “legitimidad” es muy importante en lo que aquí hemos de tratar, como también lo es la noción básica de “autenticidad”, que conecta con lo que es verdadero y no falso o simulado (“véritable”, como en la versión francesa de este texto). Convengamos, por tanto, en que una de las finalidades últimas de la Directiva de 2014 es la identificación del desplazamiento genuino, del auténtico y legítimo.

4. La relevancia jurídica de identificar el desplazamiento genuino radica fundamentalmente en la determinación de la ley aplicable a la relación laboral. Si el desplazamiento es genuino, cae dentro del

¹ Para una bibliografía básica sobre el tema, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Elcano, 2000; M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001; M.E. CASAS BAAMONDE, S. DEL REY GUANTER (DIRS.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002; y J. GÁRATE CASTRO, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

² Al respecto, M. LLOBERA VILA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; J.M. GOERLICH PESET, A. GUAMÁN HERMÁNDEZ, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, CES, Madrid, 2011. Una completa revisión del problema desde sus orígenes puede verse en J. CREMERS, J.E. DOLVIK, G. BOSCH, “Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU”, *Industrial Relations Journal*, vol. 38(6), 2007, pp. 524-541. Una visión más global y de conjunto puede verse en S. LALANNE, “Posting of workers, EU enlargement and the globalization of trade in services”, *International Labour Review*, vol. 150(3-4), 2011, pp. 213-234.

³ Para un estudio de conjunto y visión crítica de la Directiva 2014/67, O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 70 (2015), pp. 129-153; también, J.A. TORMOS PÉREZ, “De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2016, p. 410.

⁵ Véase P. PÁRAMO MONTERO, “La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3 (2015): “La Directiva mejora significativamente el marco regulatorio de las situaciones de desplazamiento temporal y define criterios orientadores para evitar el abuso de las llamadas empresas-buzón, que actúan en fraude de ley reclutando mano de obra de menor coste en otros Estados Miembros. La Directiva ahora ofrece una mejor y más detallada descripción de estas situaciones y potencia la cooperación entre Estados Miembros”.

⁶ Considerando (5) de la Directiva.

ámbito de aplicación de la Directiva 96/71; si no lo es, se aplicarían directamente las normas de derecho internacional privado, en concreto el Reglamento Roma I. Ocurre a menudo que el desplazamiento temporal constituye el único episodio de una relación laboral que nace y se extingue cuando lo hace el propio desplazamiento, con lo que, en tal caso, la aplicación de la ley del país de destino, como ley aplicable en defecto de elección, sería plausible al amparo del artículo 8 del citado Reglamento. El efecto de la Directiva es invertir esta solución: si el desplazamiento es genuino, la ley aplicable será la del país de origen, sin perjuicio de la aplicación de un conjunto de normas mínimas en virtud del artículo 3 de la propia Directiva. Es cierto que en otros supuestos de hecho, la aplicación del Reglamento Roma I podía conducir directamente a la aplicación de la ley del país de origen (porque se hubieran prestado servicios con anterioridad en el propio país de origen, porque se aplique la cláusula de escape de los vínculos más estrechos, etc.). Para tales casos, es cierto que, como ha apuntado CASAS BAAMONDE, la Directiva viene a cubrir “un defecto importante de la regulación unificada del Convenio de Roma”⁷, en cuanto que, como pusiera de relieve RODRÍGUEZ-PIÑERO, la Directiva se erige en “norma de conflicto prevalente”⁸, con el resultado de una “aplicación limitada del principio de territorialidad”⁹. Y es que, en palabras de P. MANKOWSKI, “*the private law regulation of individual employment contracts is only part of the picture*”¹⁰.

II. El concepto de desplazamiento de la Directiva 96/71

5. Tratar de identificar el desplazamiento genuino, como quiere la Directiva 2014/67, exige lógicamente manejar algún concepto solvente de desplazamiento. Un desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71 debe definirse en atención a tres elementos constitutivos esenciales: el mantenimiento de la relación jurídica laboral entre el empleador que desplaza y el trabajador desplazado durante todo el tiempo del desplazamiento; el carácter temporalmente limitado del desplazamiento; y la vinculación estrecha entre el trabajo del trabajador desplazado y los servicios industriales, comerciales o profesionales que el empleador del Estado miembro de origen presta al destinatario ubicado en el Estado de desplazamiento.

1. Mantenimiento de la relación laboral entre empleador que desplaza y trabajador desplazado

6. El artículo 1 de la Directiva 96/71 ofrece una aproximación descriptiva al concepto de desplazamiento. No proporciona un concepto o definición de desplazamiento, sino que, al regular su ámbito de aplicación, propone una triple taxonomía de desplazamientos. De este modo, la Directiva se aplica:

- (a) al desplazamiento del trabajador realizado en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en otro Estado miembro, al territorio de este segundo Estado, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento;
- (b) al desplazamiento del trabajador al territorio de un Estado miembro, a fin de prestar servicios en un centro de trabajo o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; y

⁷ M.E. CASAS BAAMONDE, “Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma”, *Relaciones Laborales*, 1994-I, v.e. Recuérdese que el Convenio de Roma fue sustituido por el Reglamento 593/2008 (Roma I), una sustitución que se ha calificado de “comunitarización” del Convenio, al reproducir el Reglamento gran parte de las soluciones de aquel; dato este importante en la práctica, pues “la jurisprudencia generada por el Convenio [...] es aprovechable, mutatis mutandis, para la interpretación del Reg. Roma I” (A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, p. 127).

⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1999, v.e.

⁹ J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 154.

¹⁰ P. MANKOWSKI, “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, en F. FERRARI, S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 173.

- (c) al desplazamiento del trabajador por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador durante el período de desplazamiento.

7. No es difícil inducir de estas descripciones particulares un principio característico del concepto general de desplazamiento, como es el de que exista una relación laboral entre la empresa por cuya cuenta se realiza el desplazamiento y el trabajador desplazado “durante el período de desplazamiento”. En realidad, “la exigencia fundamental no debiera atender tanto al mantenimiento de una relación laboral con la empresa de procedencia durante el tiempo de desplazamiento, sino, más bien, a la ausencia de relación laboral con la empresa de destino durante ese mismo tiempo”¹¹. Esta es una idea que desde el principio subrayó la mejor doctrina española¹², pero que quizá, y desafortunadamente, no haya asumido suficientemente el legislador comunitario, el cual, como luego veremos, sigue empeñado en invertir el foco de atención.

8. Como se desarrollará más en detalle después, este vínculo jurídico de naturaleza laboral entre empleador y trabajador desplazado resulta enormemente fecundo en consecuencias prácticas. En realidad, el pilar del desplazamiento es el mantenimiento de este vínculo. Pero hay más: este vínculo ha de ser exclusivo, en el sentido de que no podrá admitirse como desplazamiento de la Directiva 96/71 aquel que suponga la configuración de una posición empresarial plural en la que la empresa receptora de los servicios transnacionales se erige también en empleadora del trabajador desplazado. La previsión del Considerando 36 del Reglamento Roma I¹³ en cuanto a que el trabajador puede ser contratado por un empleador que pertenezca al mismo grupo que el empleador originario, sin que esta nueva contratación contradiga la temporalidad de la expatriación ni suponga una quiebra de la habitualidad del lugar de prestación de servicios, no puede entenderse, desde luego, como una habilitación en sentido contrario al aquí defendido. Lo que ampara el Reglamento Roma I en este pasaje es lo que en otro lugar he denominado “patrón unitario de expatriación”¹⁴, pero nada dice acerca del concepto de desplazamiento de la Directiva 96/71.

2. Temporalidad del desplazamiento

9. Además del mantenimiento de una relación laboral entre empresa que desplaza y trabajador desplazado durante el período de desplazamiento, otro elemento característico del concepto de desplazamiento es su duración temporal. Así se desprende del artículo 2.1 de la Directiva 96/71, cuando trata de definir lo que sea “trabajador desplazado”: “todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”. Dejando al margen la imprecisión de este entrecomillado en cuanto a la distinción entre Estado de desplazamiento y Estado “en cuyo territorio trabaje habitualmente” –a la que luego volveremos–, importa destacar ahora que el desplazamiento no puede ser permanente o sin término. Lo que no hace la Directiva de 1996, ni tampoco ha querido hacer la de 2014, es determinar qué haya de entenderse exacta y precisamente por “período limitado”.

¹¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2007, p. 18.

¹² M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, pg. 84: “La [Ley 45/1999] exige, como la Directiva, la existencia de ‘una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento’ (art. 2.1.2º), esto es, la inexistencia de contrato de trabajo entre el trabajador desplazado y la empresa que recibe la prestación de servicios”.

¹³ Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

¹⁴ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2016.

10. Esta indeterminación de la temporalidad es clásica en el derecho internacional privado del trabajo. Recuérdese que el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ya hablaba de trabajo o empleo temporal en su artículo 6.2 a), sin más precisiones que oponer lo “temporal” a lo “habitual”. El Reglamento Roma I ha ido algo más allá, no tanto en su articulado, apenas invariado en este concreto punto¹⁵, cuanto en sus Considerandos. En el número 36 de estos, el legislador comunitario ofrece una pauta interpretativa importante de la noción de temporalidad: “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. La temporalidad no se acota, por tanto, mediante una referencia cuantitativa –una duración máxima, por ejemplo–, sino mediante un indicador cualitativo, como es la expectativa de reanudación de su trabajo en el país de origen.

11. Este indicador cualitativo, sin embargo, plantea un problema básico importante, que deriva de la constante epistemológica a la sobrevaloración de la retrospectiva y la correspondiente infravaloración de la prospectiva. Para cualquier autoridad, judicial o administrativa, que sitúa su enjuiciamiento en un momento temporal concreto, lo que ha ocurrido ya en el pasado es más importante que lo que pueda ocurrir en el futuro. Este último es siempre incierto y las intenciones sobre comportamientos futuros no dejan de ser meras manifestaciones de voluntad que pueden cumplirse o no y que, por si todo ello fuera poco, son fácilmente manipulables. La conclusión es que determinar la temporalidad del desplazamiento sobre la base de una expectativa de reanudación del trabajo en el país de origen conlleva un grado de incertidumbre elevado y puede ser especulativa, mientras que verificar el tiempo transcurrido suele permitir alcanzar una decisión más sólida.

12. La indefinición de la regulación contractual contrasta vivamente con lo que acontece en el plano de seguridad social. Tradicionalmente, la regulación de la duración de la movilidad ha permanecido escindida en dos planos, el de seguridad social y el que podemos llamar contractual, que comprende el contenido del contrato y, en particular, las condiciones de trabajo. En el plano de seguridad social, la regulación tiende a mostrarse taxativa, lo que se manifiesta en la delimitación exacta o numérica de la duración de la movilidad. Por el contrario, las normas que inciden en el plano contractual están imbuidas de un principio de flexibilidad e, incluso, de relativo respeto a la autonomía de las partes, casi del todo ausente en el plano de la seguridad social.

13. Esta diferenciación de aproximaciones al tema de la duración de la movilidad encuentra su sentido en la diversa naturaleza de cada rama del ordenamiento. En el ámbito jurídico público, que incluye seguridad social o fiscalidad, donde el Estado es sujeto de la relación jurídica relevante, la norma es categórica. El paradigma al respecto es el artículo 12.1 del Reglamento europeo 883/2004¹⁶, que permite que el trabajador desplazado en otro Estado miembro por cuenta de su empleador siga sujeto a la legislación del Estado de origen, “a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”. En los convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, ocurre algo similar, en la medida en que la temporalidad se acota normativamente mediante la determinación de una duración máxima¹⁷. Es probable que todas estas normas pretendan limitar la discrecionalidad de la agencia, entidad u órgano encargado de la gestión del correspondiente sistema de seguridad social. Sin embargo, también es cierto que tanto el Reglamento europeo (art. 16) como los convenios suelen contemplar vías de escape excepcional, que permiten a las autoridades un margen de flexibilidad.

14. En un ámbito jurídico privado, como es el contractual, una intervención tan precisa en cuanto a la definición de temporalidad no se ha considerado apropiada. Como consecuencia de todo lo anterior,

¹⁵ El artículo 8 del Reglamento Roma I sigue contraponiendo temporal a habitual, sin más anotación.

¹⁶ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

¹⁷ Sobre el tema, B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *Trabajador expatriado y seguridad social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 81 y ss.

la temporalidad de la movilidad produce un doble efecto en el plano contractual. Por un lado, en aplicación del Reglamento Roma I, la ley aplicable no cambia por el hecho de que el trabajador sea desplazado temporalmente para realizar su trabajo en otro Estado. Por otro lado, en aplicación de la Directiva 96/71 y más en concreto de su artículo 3, la temporalidad del desplazamiento es trascendente a la hora de determinar una serie de condiciones mínimas de trabajo (períodos máximos de trabajo, períodos mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías de salario mínimo, etc.).

15. Esta concepción tan abierta de la temporalidad como característica propia de los desplazamientos de la Directiva 96/71 plantea problemas casi insolubles en la práctica, entre ellos la larga duración de numerosos desplazamientos. No extraña, por ello, que entre las propuestas de modificación de la Directiva en cuestión se halle la de establecer una limitación concreta a la duración del desplazamiento. En la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 2016¹⁸, la duración máxima del desplazamiento se fija en veinticuatro meses, de modo que si la duración prevista del desplazamiento fuera superior, debería aplicarse íntegramente la legislación del Estado de destino desde el primer día del desplazamiento, mientras que si la duración prevista fuera inferior a los veinticuatro meses pero posteriormente el desplazamiento se prolongase más allá de los dos años, la legislación del Estado de destino se aplicaría a partir del día siguiente al cumplimiento de los veinticuatro meses¹⁹.

16. La fijación de una duración máxima del desplazamiento tampoco está exenta de problemas, pero seguramente es mejor que carecer de todo límite legal. Por ejemplo, un problema surge por la suma de períodos que resulta del reemplazo de trabajadores desplazados para el mismo trabajo. La citada Propuesta de Directiva trata de resolver este problema estableciendo que “en caso de sustitución de trabajadores desplazados que realizan el mismo trabajo en el mismo lugar, deberá tenerse en cuenta la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de los trabajadores afectados, por lo que se refiere a los trabajadores desplazados por un período de al menos seis meses”. Pero esta regla complementaria resulta poco coherente con el hecho de que se utilice la técnica normativa de integrar el concepto de habitualidad de la regla “lex loci laboris” (artículo 8 del Reglamento Roma I). En efecto, la Propuesta de Directiva trata de forzar la aplicación de la ley del país de destino estableciendo que cuando el desplazamiento va a durar más de veinticuatro meses “se considerará que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que realiza habitualmente su trabajo”.

3. Trabajo del desplazado y prestación transnacional de servicios

17. Resulta esencial a la definición de desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71 que este se realice justamente en el marco de una prestación transnacional de servicios. Ello resulta inequívocamente del nombre mismo de la Directiva. La cuestión es de gran importancia y nuevamente tiene implicaciones prácticas numerosas y trascendentes.

18. Es bien sabido que la base jurídica de la Directiva 96/71 es la libre prestación de servicios, una libertad fundamental reconocida hoy en los artículos 56 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Con esta Directiva, el legislador comunitario reacciona frente a las medidas nacionales que diversos Estados habían adoptado en defensa de sus mercados laborales, prosiguiendo la labor iniciada por el Tribunal de Justicia de remoción de restricciones a la libre prestación de servicios cuando existe desplazamiento físico de trabajadores al país del receptor de los servicios, tratando, eso sí, de lograr un equilibrio entre la remoción de restricciones y la protección de los intereses de los trabajadores²⁰. En la búsqueda de ese equilibrio, una pauta importante es la de distinguir entre establecimiento y ser-

¹⁸ COM(2016) 128 final.

¹⁹ Sobre la Propuesta de Directiva, puede verse A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la Comisión Europea para el 2016”, *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016, pp. 113-126.

²⁰ STJUE 3 febrero 1982, C-62/81, *Seco* (un caso de exigencia de cotizaciones en Luxemburgo a trabajadores desplazados temporalmente por los que ya se cotizaba en Francia).

vicios, por cuanto es doctrina clásica que un Estado “no puede subordinar la ejecución de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todos los requisitos exigidos para un establecimiento”²¹; lo contrario supondría privar de todo contenido a la libre prestación de servicios. En la sentencia del Tribunal de Justicia que así razona (la muy conocida *Vander Elst*), se repite uno de los argumentos más habituales en este contexto: el que sostiene que un trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios de un primer Estado a un segundo Estado “no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado”²². Antes de *Vander Elst*, la sentencia *Rush Portuguesa* había elaborado notablemente acerca de la diferencia entre que los trabajadores accedan al mercado laboral de otro Estado y que los trabajadores sean desplazados por su empleador a otro Estado a fin de prestar un servicio transnacional²³. De este argumento del “acceso al mercado laboral” me ocuparé, en todo caso, luego, pero vale la pena dejar apuntado que difícilmente puede negarse que la puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal –un supuesto contemplado, como se ha visto ya, en el artículo 1 de la Directiva 96/71– no suponga un acceso al mercado laboral del país receptor de esos trabajadores. La negativa solo parece coherente con una concepción ciertamente antigua de lo que sea un mercado laboral.

19. Lo que debe quedar claro, por el momento, es que no hay desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71 si no existe una auténtica prestación de servicios a la que el trabajo del desplazado quede estrechamente vinculado. Una primera manifestación jurídica del vínculo es que tanto el trabajo del desplazado como el servicio transnacional comparten una misma naturaleza temporal. No está de más recordar que el Tribunal de Justicia ha insistido en la naturaleza temporal de la prestación de servicios contemplada en el Tratado y en que esta naturaleza debe determinarse a la luz de la duración, regularidad, periodicidad y continuidad de los servicios²⁴. Pero lo cierto es que “ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios”²⁵, y de hecho, “el concepto de “servicio” en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio. Asimismo, pueden constituir servicios en el sentido del Tratado las prestaciones que un operador económico establecido en un Estado miembro realiza de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un período prolongado, para personas establecidas en uno o varios Estados miembros, como por ejemplo la actividad remunerada de asesoramiento o de consulta”²⁶. Esta amplísima concepción de los servicios, en detrimento del concepto de establecimiento, permite al Tribunal de Justicia aligerar las cargas y restricciones de los prestadores de servicios, que estratégicamente pueden optar por no establecerse en los países en que operan, incluso aunque estas operaciones sean estables, frecuentes, regulares, prolongadas o cíclicas.

20. No es mi intención entrar a juzgar aquí acerca del correcto trazado de la línea divisoria entre servicios y establecimiento. Desde la perspectiva iuslaboralista, en lo que sí me interesa entrar es en cómo la ubicación de esta línea viene arrastrando al propio concepto de desplazamiento de trabajadores al amparo de la Directiva 96/71. Puesto que la temporalidad es un concepto sumamente elástico, que solo parece anclarse legalmente a una expectativa de reanudación del trabajo en el país de origen, el elemento rector acaba siendo el vínculo con la prestación transnacional de servicios empresariales. Dada la extensísima área que los servicios cubren en detrimento del establecimiento, los desplazamientos de trabajadores han acabado ellos mismos por cubrir áreas que más bien deberían corresponder a contrataciones laborales locales, es decir, contrataciones laborales con arreglo al derecho local del país

²¹ STJUE 9 agosto 1994, C-43/93, *Vander Elst*, 17.

²² *Vander Elst*, cit., 21.

²³ STJUE 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*.

²⁴ STJUE 30 noviembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, 39.

²⁵ STJUE 11 diciembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, 31.

²⁶ *Schnitzer*, cit., 30.

de destino. Esta vieja idea (recuérdese, Rush Portuguesa, Vander Elst, etc.) de que el desplazamiento no supone acceso al mercado laboral del país de destino se antoja, de este modo, teórica, cuando no falsa.

21. Si un desplazamiento es temporal cuando concurren una mera expectativa de regreso al país de origen y una vinculación con una libertad de servicios ampliamente concebida, es fácil que un buen número de trabajadores desplazados formen parte, en realidad, del mercado laboral del país de destino; no en un sentido formal, claro está, pues su vinculación formal es con el mercado laboral del país de origen, pero sí en un sentido material o económico. Quizá una de las manifestaciones más reveladoras al respecto se contiene en la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión en relación con el artículo 4, apartado 3, letra g) de la Directiva 2014/67, en la que se dice que el hecho de que la Directiva contemple “los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)” como un elemento posiblemente indicativo de que el desplazamiento no es genuino, “no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado o como una traba a la posibilidad de dicha sustitución, que puede ser inherente en particular a servicios prestados de forma estacional, cíclica o repetitiva”. Estos servicios estacionales, cíclicos o repetitivos guardan estrecho parentesco con lo que en España conocemos como trabajo fijo-discontinuo, un trabajo que, pese a su discontinuidad o estacionalidad, es, en efecto, permanente o fijo. Difícilmente puede sostenerse que este tipo de tareas no forman parte del propio mercado laboral del país de destino.

22. Debiera imponerse, por tanto, una desacople entre la duración de los servicios y la duración del desplazamiento, de tal manera que pueda seguir manteniéndose una concepción generosa de los servicios –si así se considera en interpretación de los Tratados– al tiempo que se reconduce a sus justos términos el ámbito de lo que es un desplazamiento laboral temporal. Por esta vía transita la Propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71, tal y como se deduce de su Considerando 8. Es significativo que en él se diga, a propósito de la limitación de la duración máxima del desplazamiento laboral, que esta limitación “no afecta la potestad de las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado miembro de ejercer el derecho a la libre prestación de servicios también en los casos en los que el desplazamiento supere los veinticuatro meses”.

23. Un desacoplamiento como el que aquí se propone no conlleva desvincular el desplazamiento laboral de la prestación transnacional de servicios: el desplazamiento siempre habrá de producirse en el marco de una tal prestación. Lo que conlleva es desligar la duración del desplazamiento de la duración de la prestación de servicios: mientras que los servicios mercantiles pueden ser de larga duración –varios años–, el desplazamiento laboral acogido a la Directiva 96/71 no debería exceder una duración máxima razonable. La razonabilidad radica, a mi juicio, en el punto que no desincentive las prestaciones de servicios de corta duración. Para un prestador de servicios, tener que asumir la plena aplicación de la legislación laboral de destino carece de sentido en prestaciones transnacionales de corta duración: el prestador del servicio renunciará a prestar un servicio de dos meses si ello implica asumir toda la legislación laboral del país de destino; en cambio, cuando la prestación es de larga duración –más de un año, a nuestro juicio, supone ya una duración suficientemente larga a estos efectos– resulta proporcional imponer al prestador del servicio que asuma el cumplimiento de la legislación laboral del país de destino.

II. A la búsqueda del desplazamiento genuino

24. El empeño fundamental, como se ha dicho, de la Directiva 2014/67 es la identificación del desplazamiento genuino. La gran tensión clásica de fondo en esta materia se da entre, por un lado, la defensa del mercado interior de servicios (libertad de los prestadores de servicios para ejercer actividades en cualquier Estado miembro sin restricciones injustificadas) y, por otro, la defensa de los mercados nacionales y sus respectivos niveles de condiciones de trabajo. En este último polo, coexisten en realidad al menos tres intereses diferentes: primero, el de las empresas locales, que compiten con prestadores de

servicios establecidos en otros Estados; segundo, el de los trabajadores del mercado laboral local, cuyos empleos o condiciones de trabajo resultan amenazados por la competencia de trabajadores desplazados con peores condiciones de trabajo; y tercero, el de los propios trabajadores desplazados, cuyo interés naturalmente es percibir la mayor de las remuneraciones y beneficiarse de las mejores condiciones de trabajo, si estas fueran las del país de destino.

25. La Directiva 96/71 vino inicialmente a inclinar el equilibrio hacia el segundo polo, al permitir a los Estados imponer un buen número de condiciones de trabajo nacionales a los prestadores de servicios, en la línea de lo que la primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia, anterior a la propia Directiva, parecía apuntar. Sin embargo, el punto de equilibrio fijado por la Directiva ha venido mostrándose muy inestable en la aplicación práctica, especialmente como resultado de tres órdenes de factores: la controvertida jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que justo tras la aprobación de la Directiva empezó a producir efectos restrictivos en la cuestión esencial de en qué medida la ley laboral del país de establecimiento puede ser desplazada por la ley donde el trabajo efectivamente se presta²⁷; los insuficientes mecanismos de control en los Estados (tanto de establecimiento como de destino); y la muy mejorable cooperación administrativa entre Estados²⁸.

26. La Directiva 2014/67 se dicta, precisamente, con la finalidad de atajar buena parte de estas deficiencias. Se trata, ante todo, de una norma adjetiva o de control, una norma de garantía que pretende facilitar la supervisión efectiva y la aplicación coercitiva de las normas sustantivas fundamentalmente contenidas en la Directiva de 1996. A tal efecto, la Directiva de 2014 ofrece una serie de criterios para determinar la existencia de un desplazamiento genuino. Se trata de un conjunto de criterios que, por un lado, no son exhaustivos, sino meramente indicativos, y, por otro, deben formar parte de una evaluación global por parte de la autoridad que lleve a cabo el control, no pudiendo, por ello, considerarse de forma aislada.

27. Un buen modo de acercarse a estos criterios es partiendo del concepto de desplazamiento que hemos construido con los tres elementos expuestos: (1) mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio durante todo el tiempo del desplazamiento; (2) temporalidad del desplazamiento, y (3) vinculación del desplazamiento con la prestación transnacional de servicios. De esta forma, será posible detectar en la Directiva de 2014 aquellas previsiones que van encaminadas a facilitar la verificación de la concurrencia de los tres elementos por las autoridades competentes.

1. Desplazamiento genuino y mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio

28. El primero de los elementos sobre los que opera la Directiva de 2014 es la exigencia de que la relación laboral se mantenga durante todo el tiempo del desplazamiento entre el trabajador desplazado y la empresa establecida en el Estado de origen. Se ha apuntado más arriba que, al poner el acento en la relación laboral con el empleador del Estado de establecimiento, el legislador comunitario invierte el foco de atención. Por supuesto que debe mantenerse la relación laboral con el prestador del servicio durante todo el tiempo del desplazamiento, pues sin este vínculo no estaríamos bajo el paraguas de la libertad de prestación de servicios, sino que estaríamos ante un ejercicio de la libre circulación de trabajadores. Pero lo más relevante es que durante ese período de desplazamiento no debe establecerse relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa receptora de los servicios transnacionales.

²⁷ Al respecto, P. DAVIES, “The Posted Workers Directive and the EC Treaty”, *Industrial Law Journal*, vol. 31, núm. 3 (2002), p. 298-306, quien analiza cómo el TJ, en las sentencias Arblade (C-369/96), Mazzoleni (C-165/98), Finalarte (C-49/98), Portugaia (C-164/99) y Comisión contra Alemania (C-493/99), limita los efectos favorables al Estado de destino de la jurisprudencia anterior (especialmente Rush Portuguesa).

²⁸ Al respecto, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2007, pp. 40 y ss.

De otro modo, es decir, si tal relación laboral se estableciera, el trabajador no sería un desplazado en el sentido de la Directiva 96/71, sino que pasaría a integrarse plenamente en el mercado laboral del país de destino. Nótese que cuando hablamos de que no debe establecerse relación laboral, nos referimos a una relación laboral de facto: no importa si el trabajador desplazado y la empresa de destino han formalizado un contrato de trabajo; lo único relevante es si han constituido una relación laboral de hecho.

29. La Directiva 2014/67 no presta atención suficiente a este importante aspecto. Su artículo 4, específicamente dirigido a la identificación de los desplazamientos genuinos, clasifica los indicadores de genuinidad en dos grupos. El primer grupo se refiere a la verificación de que la empresa que presta el servicio “lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna” (apartado 2 del artículo 4). El segundo grupo se refiere a la comprobación de si el trabajador desplazado “realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja” (apartado 3 del artículo 4). Resulta claro que mientras el primer grupo conecta con el tercer elemento definitorio del desplazamiento (vinculación del desplazamiento con la prestación transnacional de servicios), el segundo grupo conecta con el segundo elemento definitorio del desplazamiento (temporalidad del desplazamiento). El único elemento definitorio que parece quedar al margen es, por tanto, el primero (mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio durante todo el tiempo del desplazamiento).

30. Como se ha explicado, el requisito del mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio significa, en realidad, que el trabajador desplazado no puede tener una relación laboral con la empresa destinataria de los servicios transnacionales. Para determinar si el trabajador mantiene una relación laboral con la empresa del país de destino, los criterios que las autoridades laborales o judiciales deben aplicar son los que en España englobaríamos bajo los artículos 1.2 y 43 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de identificar al empleador real del trabajador y esto debe hacerse, en cualquier Estado, atendiendo a los criterios reales definitorios de la relación laboral.

31. Resulta útil, a este respecto, la regla contenida en el artículo 4.5 de la Directiva 2014/67. Aunque este apartado no esté probablemente redactado exactamente para lo que aquí estamos considerando, sus principios sí son de pertinente aplicación. La regla dice que cuando se trate de determinar si una persona es un trabajador, los Estados “deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes”. Los principios que fundamentan esta regla son útiles para determinar si existe una relación laboral entre la empresa receptora de los servicios y el trabajador desplazado: principio de realidad (atención a los “hechos”, no tanto a los acuerdos entre las partes) y principio de calificación de la relación laboral atendiendo al desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador.

32. Tanto la recalificación del trabajador (falsamente) autónomo en trabajador por cuenta ajena como la determinación del verdadero empleador son, por tanto, tareas que cualquier autoridad nacional debe realizar conforme a los principios reseñados. Particular importancia tiene, en este ámbito, la determinación del verdadero empleador, ya que esta determinación es clave para excluir la aplicación de la Directiva 96/71 cuando el trabajador desplazado desempeña su trabajo con subordinación a órdenes e instrucciones de la empresa de destino o con medios de trabajo proporcionados por esta. Esta operación jurídica de identificación del verdadero empresario es muy habitual en el Derecho del Trabajo, especialmente en el ámbito de la “cesión ilegal de trabajadores” (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores).

33. Repárese en que la clave para determinar al verdadero empleador no está en el hecho de que el desplazamiento sea temporal. No obstante, algunos de los criterios enunciados en el artículo 4.3 de la Directiva 2014/67 pueden ser aplicables en la tarea aquí considerada. Por ejemplo, el criterio de si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos alude a una función empresarial típica, como es la de soportar los gastos del trabajo

por cuenta ajena. El hecho de que estos gastos fueran directamente soportados por la empresa de destino sería indiciario, desde luego, de una cesión ilegal.

34. El balance de lo aportado por la Directiva 2014/67 en este terreno es, por lo que se acaba de ver, manifiestamente mejorable. Los indicadores que hubiera podido aportar la Directiva son los que habitualmente se utilizan en las investigaciones inspectoras o en los procesos judiciales en materia de cesión de mano de obra. Esta conexión estrecha entre pervivencia de la relación laboral con el empleador del Estado de establecimiento y cesión ilegal de mano de obra la ha puesto de relieve el magnífico Criterio Técnico núm. 97/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española. En su apartado Tercero, se proponen, "para su utilización conjunta y ponderada", una serie de acertados criterios que versan: (a) sobre el poder de decidir la extinción del contrato de trabajo; (b) sobre el poder de determinar el trabajo que ha de realizarse y el modo para llevarlo a cabo; (c) sobre la disposición de personal directivo y mandos que ejerzan las tareas directivas, organizativas y disciplinarias durante el desplazamiento, debiendo este ejercicio ser efectivo y corresponderse con la identificación que los trabajadores desplazados hagan sobre cuál es su empresa y qué personas físicas la representan, organizando y dirigiendo el trabajo; (d) sobre la asunción de gastos de alojamiento, manutención, transporte, etc. del trabajador desplazado; (e) sobre la facilitación de herramientas, ropas, equipos de trabajo y de seguridad, etc. al trabajador desplazado; y (f) sobre el cumplimiento de las obligaciones empresariales relativas a salarios, seguridad social, exámenes médicos, etc.

35. El catálogo de criterios que proporciona la Inspección en su Criterio Técnico supera con creces lo previsto en la Directiva 2014/67, y permite un enjuiciamiento de las situaciones desde la perspectiva del mantenimiento de la relación laboral de origen. Pero, como se ha subrayado ya anteriormente, y en palabras del Criterio Técnico, "si el trabajador desplazado pasara a depender de otra empresa en el Estado de acogida, se rompería el vínculo orgánico con el empresario que los desplaza y no estaríamos ante un supuesto de desplazamiento". Conviene apuntar, finalmente que todos estos criterios deben igualmente aplicarse a las situaciones en las que la movilidad se produce entre empresas dentro de un mismo grupo empresarial multinacional, y ello porque, con independencia de la valoración que una puesta a disposición intragrupo merezca desde la perspectiva de derecho interno del artículo 43 ET, lo cierto es que si la empresa que ejerce las funciones empresariales es la de destino, no puede hablarse de un desplazamiento genuino en el sentido de la Directiva 96/71.

2. Desplazamiento genuino y temporalidad del desplazamiento

36. El apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 2014/67 enuncia una serie de criterios –no exhaustivos– a fin de “determinar si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja”. El derecho vigente no proporciona límite numérico alguno a la duración máxima del desplazamiento. Recuérdese que el criterio legal más explícito al respecto es el que proporciona el Considerando 36 del Reglamento Roma I, y según este, la temporalidad se asocia a la “suposición” de que “el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. De la lectura de los criterios del artículo 4.3 de la Directiva de 2014 y del citado Considerando 36 resultan dos concepciones distintas de la temporalidad. Una primera concepción de la temporalidad es la que la define por contraste con el país en el que el trabajador desplazado habitualmente trabaja. Una segunda concepción, muy distinta, de la temporalidad es la que la configura en el marco de una relación laboral de más larga duración con el empleador de origen, de la que el desplazamiento temporal resulta ser así un mero episodio o tramo.

37. La primera concepción resulta del artículo 4.3 de la Directiva 2014/67. Para empezar, este apartado comienza señalando que se trata de determinar “si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja”. Nótese que el legislador no dice que el desplazado realice temporalmente su labor en un Estado distinto de aquel en el que normalmente trabaja “*para el empleador que lo desplaza*”. El desplazamiento al extranjero se

configura como temporal en relación con el Estado en el que el trabajador normalmente trabaja, sin que sea necesario que este trabajo normal se preste al mismo empleador que realiza el desplazamiento. La temporalidad del desplazamiento es, en esta concepción, un episodio en la vida laboral de un trabajador que normalmente trabaja en un país distinto, no un episodio en una concreta relación laboral con un concreto empleador. El criterio de la letra c) del artículo 4.3 vuelve a insistir en la misma idea: el desplazamiento se realiza a un Estado distinto de aquel en el que el trabajador “suele desempeñar su labor”, sin precisar si esta labor debe ser para el mismo empleador en el marco de una relación laboral única. Y lo mismo ocurre con el criterio de la letra d): “si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado”. No dice el texto que el trabajador vuelva a trabajar *para el mismo empleador* al Estado miembro desde el que se desplaza, sino que basta con que vuelva al Estado de origen, aunque sea para allí buscar empleo o trabajar para otra empresa con otra relación laboral.

38. La segunda concepción resulta directamente de las normas que constituyen el núcleo duro del derecho internacional privado laboral. Se trata de algo totalmente lógico si se piensa que la finalidad del artículo 8 del Reglamento Roma I es designar la ley aplicable a un “contrato de trabajo”, es decir, a una “relación laboral”²⁹. La lógica normativa en el Reglamento Roma I se mueve dentro del marco de una relación laboral, por mucho que esta pueda presentar episodios variados y múltiples vicisitudes, lo que en la práctica genera patrones distintos de expatriación³⁰. Por tanto, para el Reglamento Roma I, cualquier episodio o vicisitud, como es un desplazamiento temporal a otro Estado, ocurre “dentro” de la relación laboral, no dentro de la “vida laboral” de un trabajador, quien puede mantener a lo largo de su vida múltiples relaciones laborales (contratos) con diferentes empleadores. Y así, cuando su artículo 8 establece que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”, es evidente que se está asumiendo que tanto el trabajo en el país de origen como el trabajo temporal en el país de destino se realizan para un mismo empleador en el marco de una relación laboral concreta. No es óbice que el propio Reglamento prevea, ahora en el Considerando 36, que “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”. No es óbice porque lo que busca el Reglamento con este Considerando es aclarar que la mera formalidad de suscribir un nuevo contrato laboral coextenso con el desplazamiento temporal no impide realizar una valoración más amplia del conjunto de pactos que conforman la relación laboral desde una perspectiva global. De esta valoración puede resultar perfectamente que, pese a existir episodios de desplazamiento o expatriación temporales para cada uno de los cuales se ha estipulado un contrato de trabajo formal, la relación laboral global sea, en realidad, única, por lo que la ley aplicable también será única; a esto me he referido en otro lugar al tratar del “patrón unitario” de expatriación, en contraste con el “patrón plural”³¹.

39. En realidad, las dos concepciones de la temporalidad del desplazamiento tienen sentido; solo que cada una de ellas en el diverso contexto regulador a que pertenece. En el contexto del Reglamento Roma I, se trata de identificar una ley aplicable a un contrato de trabajo, y en este contexto la búsqueda de una ley estable, que permanezca a lo largo de episodios meramente temporales, es un objetivo legítimo, plausible y acertado. En cambio, el contexto normativo de la Directiva 96/71 es muy distinto: de lo que se trata aquí es de facilitar a los prestadores de servicios establecidos en cualquier Estado miembro la prestación transnacional de servicios allí donde surja un cliente o una oportunidad de negocio. Para ello, es lógico que la Directiva ampare la contratación laboral *ex novo* con la sola finalidad de dar cumplimiento a la prestación de servicios comprometida, en una suerte de contrato de obra o servicio

²⁹ “Even though the Rome I Regulation designates the law applicable to ‘contractual obligations’, its provisions specify the law applicable to a ‘contract’, i.e. ‘contract by contract’” (A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Commentary. Volume II. Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, p. 60).

³⁰ Sobre esto, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable...”, cit.

³¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable...”, cit.

determinado con duración limitada a la duración del encargo o servicio comercial³². Esa contratación ex novo podrá finalizar seguramente al término de la propia prestación de servicios transnacionales, con lo que el contrato de trabajo, en realidad, se habrá desarrollado en su integridad en el país de destino. No se estará, por tanto, en el supuesto contemplado por el último inciso del artículo 8.2 del Reglamento Roma I, puesto que el trabajo temporal en otro país no es, en el desplazamiento descrito, un episodio de una relación laboral más larga; al contrario, el trabajo temporal en el país de destino agota completamente el contrato de trabajo estipulado en el país de origen con la empresa prestadora de los servicios.

40. Una aplicación estricta del artículo 8 del Reglamento Roma I abocaría probablemente, en el supuesto que se acaba de describir –relación laboral que se agota en el desplazamiento temporal–, a considerar que la ley aplicable en defecto de elección es la del país de destino, en cuanto es el único lugar habitual de trabajo que cabe identificar. Sin embargo, en el Reglamento Roma I, la cláusula de escape del apartado 4 del propio artículo 8 puede proporcionar la vía para aplicar al contrato la ley del país de origen, si es que fuera posible encontrar vínculos más estrechos con este país (país del establecimiento del empleador, país de residencia del trabajador, quizá nacionalidad de las partes, etc.). Tal opción no es ni mucho menos descabellada, y de ella es muestra, en el ámbito interno español, el controvertido artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que “la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo”. Más allá de esta mención casi anecdótica al artículo estatutario, lo cierto es que la cláusula de escape ha recibido una interpretación muy generosa por el Tribunal de Justicia, especialmente en su sentencia *Schlecker*³³. La mejor doctrina de derecho internacional privado ha señalado que, en materia laboral, la cláusula de escape es de “aplicación no excepcional y de orientación conflictual”³⁴. El efecto de esta cláusula es conferir a la autoridad juzgadora un amplio margen de flexibilidad para dejar de aplicar la ley del lugar de trabajo –no digamos ya la ley del establecimiento de contratación, cuyo carácter subsidiario, casi residual, es claro tras lo sentado en *Koelzsch*³⁵ y en *Voogsgeerd*³⁶– cuando, a partir de un “conjunto de circunstancias” entienda que el contrato presenta, en realidad, “vínculos más estrechos” con otro país. Se ha dicho, con razón, que esta regla, interpretada extensivamente, como en *Schlecker*, puede producir un efecto muy similar a la regla de aplicación de la ley del país de origen³⁷.

41. A diferencia de lo que acontece en el contexto del Reglamento Roma I, en el contexto de la Directiva 96/71, carece de sentido considerar el desplazamiento como episodio de una relación laboral más prolongada, lo cual no significa que esto no pueda darse en la práctica. La Directiva pone el acento en la libertad de prestar servicios transnacionales dentro de la Unión, siendo el desplazamiento un elemento ancilar a dicha libertad, y el contrato de trabajo un elemento, a su vez, subsidiario del propio desplazamiento. Que este desplazamiento se efectúe en el marco de un contrato de trabajo preexistente o que el contrato de trabajo se estipule con el único objeto de desplazar al trabajador es en buena medida irrelevante para la Directiva. Así se entiende que la Directiva 2014/67, al tratar de listar criterios indicativos del cumplimiento del requisito de la temporalidad, señale en la letra d) del artículo 4.3 “si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado”. Lo relevante no es que regrese para continuar prestando servicios para el mismo empleador que lo ha desplazado, sino que regrese para continuar trabajando como parte del mercado laboral del país de origen. La Directiva

³² Desde luego, se ha considerado contrario al derecho comunitario exigir una antigüedad laboral mínima de seis meses en la empresa a la fecha de desplazamiento del trabajador (caso Comisión contra Luxemburgo, C-445/03).

³³ C-64/12.

³⁴ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2014, p. 1007.

³⁵ C-29/10.

³⁶ C-384/10.

³⁷ A.A.H. VAN HOEK, “Private international law: an appropriate means to regulate transnational employment in the European Union?”, *Erasmus Law Review*, 7(3), 2014, p. 164.

no contempla, por tanto, el desplazamiento como un episodio de una relación laboral más amplia, sino al trabajador desplazado como temporalmente fuera de su mercado laboral normal o habitual.

42. Sorprende, por lo dicho, que el legislador comunitario haya tratado de conectar ambas concepciones en un precepto que por ello mismo resulta jurídicamente muy extraño: según la letra c) del artículo 4.3 de la Directiva 2014/67, un criterio para ponderar la temporalidad del desplazamiento es “si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma”. La primera parte del fragmento entrecomillado puede servir al efecto que la Directiva se propone, pero la segunda parte, con su referencia al Reglamento Roma I (o al Convenio de Roma), está completamente desenfocada: en el Reglamento, el cambio temporal de lugar de trabajo se produce en el marco de un contrato de trabajo o relación laboral de más larga duración, mientras que en el ámbito normativo de la Directiva 96/71, al que pertenece la Directiva de cumplimiento de 2014, el cambio de lugar de trabajo se predica respecto del trabajador mismo, en cuanto que forma parte de un mercado laboral distinto.

43. Un tema importante a la hora de medir la temporalidad del desplazamiento es la relativa a la sustitución o reemplazo de los trabajadores desplazados, es decir, al envío sucesivo de desplazados a fin de realizar el mismo trabajo en el marco de la misma prestación de servicios transnacional. La Directiva 96/71 establece una disposición sobre reemplazo de trabajadores desplazados, a propósito del cálculo del período de un año que opera como período de referencia para las duraciones a que aluden los apartados 2, 3 y 4 del artículo 3. Estos apartados fijan duraciones máximas muy breves (ocho días, un mes) para ciertos desplazamientos, en relación con los cuales pueden introducirse excepciones a la garantía de condiciones de trabajo y empleo mínimas del artículo 3.1 de la propia Directiva. La duración de estos desplazamientos “se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo” y, “al calcular el período de un año, se incluirá en el cálculo el tiempo que en su caso haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir” (artículo 3.6 de la Directiva). Se trata, como es fácil comprobar, de una disposición sobre reemplazo de trabajadores desplazados que tiene un alcance muy particular. Hay que buscar en otro lado alguna disposición sobre sustitución o reemplazo de desplazados que tenga alcance más general.

44. La Directiva 2014/67 sí se ocupa de señalar, con alcance más general, que “los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)”³⁸ deben tomarse en consideración por las autoridades de control a fin de juzgar acerca de la temporalidad del desplazamiento. Se trata de una típica disposición antifraude, que trata de evitar que, mediante el fácil expediente de enlazar sucesivos reemplazos de trabajadores, pueda considerarse temporal el desplazamiento cuando se está, en realidad, ante la cobertura de un puesto estable o permanente. El problema aplicativo que encuentra esta disposición es la inexistencia de una duración máxima legalmente fijada para el desplazamiento, con lo que el mero hallazgo de que ha existido una cadena de reemplazos para el mismo puesto no puede considerarse, por sí solo, contrario a la normativa comunitaria. Esto resultará frustrante, sin duda, para el funcionario que tras un ímprobo esfuerzo por detectar el reemplazo se topa con la dificultad jurídica de extraer alguna consecuencia relevante. El examen de la “naturaleza de las actividades”, a que se refiere la letra e) del artículo 4.3 de la propia Directiva de 2014, podrá constituir un complemento importante para que la autoridad de control pueda dictaminar que el desplazamiento carece de naturaleza temporal, pero la ausencia de un límite determinado a la duración del desplazamiento dificulta enormemente la operatividad de todas estas previsiones.

45. Por lo demás, los restantes criterios del artículo 4.3 de la Directiva 2014/67 o son francamente inanes (decir que, a fin de determinar si el desplazamiento es temporal, la autoridad de control debe tomar en consideración “si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro” o

³⁸ Artículo 4.3 g).

“la fecha de inicio del desplazamiento” es decir más bien poco) o parecen desconectados de la idea de temporalidad: no se acaba de ver de qué manera el hecho de que el empresario proporcione “el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos” (artículo 4.3 f) está conectado con el carácter temporal o permanente del trabajo; estará más bien conectado con la identificación del verdadero empleador, un aspecto al que ya me he referido antes.

46. La necesidad de establecer una limitación normativa a la duración del desplazamiento realizado al amparo de la Directiva 96/71 resulta con claridad de todo lo anterior. A la hora de estimar qué límite es razonable, no puede utilizarse una argumentación como la que sí puede esgrimirse en materia de seguridad social. En este último ámbito normativo, hay un interés importante a preservar, como es la continuidad de las carreras de cotización o aseguramiento. Este interés de la persona física es importante porque, en términos prácticos, la gestión de las contingencias resulta más sencilla cuando uno acredita vínculos con un solo ordenamiento nacional de seguridad social, que cuando acredita vínculos de aseguramiento y cotización con dos o más Estados. Es razonable, por tanto, intentar posponer cualquier cambio de ley aplicable en materia de seguridad social; en este sentido, un plazo de 24 meses como el que fija el artículo 12 del Reglamento 883/2004 resulta sensato.

47. En cambio, en materia puramente contractual, no existe tal interés. El interés prioritario de la persona física desplazada es beneficiarse de las condiciones laborales y de empleo más beneficiosas, y si estas provienen de la legislación del Estado de destino, obtener la aplicación lo más amplia posible de esta legislación. Es cierto que el otro lado de la ecuación se ubica el interés del prestador de servicios, y a este es al que atiende la Directiva 96/71 cuando establece aquello que el prestador deberá cumplir en relación con los trabajadores que desplace. Pero este interés solo es legítimo en la medida en que trata de amparar prestaciones de servicios de corta duración, para las cuales puede resultar desproporcionada la aplicación de la totalidad de la legislación laboral del país de destino. La desproporción se produce porque en una prestación de servicios de corta duración el precio global del servicio no compensa el coste de identificación, gestión y aplicación de la legislación laboral de destino. Sin embargo, cuando la prestación de servicios es de mayor duración, el precio global de los servicios, que es mayor como resultado de la propia mayor duración de los mismos, justifica una mayor inversión en la identificación, gestión y aplicación de la ley laboral de destino. Con esta fundamentación, una duración máxima para el desplazamiento temporal como la que se plantea en la Propuesta de Revisión de la Directiva 96/71 resulta claramente injustificada: una duración máxima de 24 meses, que es la de la normativa de seguridad social, es desproporcionadamente exagerada al fin que se persigue. Para un prestador de servicios, si estos van a tener una duración superior a un año, la inversión en identificar, gestionar y aplicar la ley laboral de destino está plenamente justificada.

3. Desplazamiento genuino y prestación transnacional de servicios

48. La aplicación de la Directiva 96/71 queda supeditada a la existencia de una auténtica prestación transnacional de servicios, una libertad económica fundamental consagrada en los artículos 56 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La clave de la libre prestación de servicios radica en el hecho de que el prestador se encuentra establecido en un Estado miembro distinto de aquel en que se halla el receptor de los servicios³⁹. La entrada en juego de la perspectiva laboral se produce cuando a esa relación comercial transnacional se le añade el desplazamiento físico de trabajadores por cuenta ajena a fin de ejecutar la prestación en el Estado de destino. Nótese, en efecto, que, si el servicio transnacional se presta sin desplazamiento físico de trabajadores, la Directiva 96/71 no cumple papel alguno en la situación; dicho de otro modo, la Directiva no resulta aplicable⁴⁰.

³⁹ Sobre la incidencia de las libertades económicas fundamentales en el tema del desplazamiento temporal, remito al detenido estudio de B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores...*, cit., concretamente a su Capítulo Segundo.

⁴⁰ En este sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 18-9-2014, en el asunto *Bundesdruckerei GmbH (C-549/13)*: “conforme al propio tenor de la cuestión prejudicial, ésta versa sobre una situación en la que “el subcontratista está establecido

49. La vinculación entre el desplazamiento del trabajador y la prestación de servicios implica que no pueda hablarse de desplazamiento genuino cuando se utiliza la libertad de prestación de servicios en fraude de ley. Esto ocurre cuando el prestador de servicios se establece artificialmente en un Estado en el que no ejerce efectivamente una actividad económica. El artículo 4.2 de la Directiva 2014/67 proporciona criterios encaminados a “determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna” en el Estado de establecimiento. Esta determinación se llevará a cabo por las autoridades a partir de una “evaluación global de todos los elementos fácticos”, tomando en consideración “un marco temporal amplio” y prestando atención a los datos sobre las actividades que lleva a cabo la empresa tanto en el Estado de establecimiento como en el de acogida.

50. A estos efectos, los criterios más relevantes seguramente sean, por un lado, identificar el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo, y por otro lado, computar el número de contratos celebrados o el volumen de negocios obtenido en el Estado miembro de establecimiento. Conectado con ambos, también será relevante el lugar donde la empresa tenga su domicilio social y su sede administrativa, ocupe espacio de oficina, pague sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, en su caso, posea una licencia profesional, un registro cameral o colegial.

51. Más oscuro resulta el criterio del artículo 4.2 b) de la Directiva 2014/67: “el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza”. No parece que deba excluirse que la prestación de servicios transnacional pueda llevarse a cabo con personal contratado ad hoc en el propio Estado en que deba llevarse a cabo la prestación. Lo que ocurre es que este supuesto no parece que tenga encaje en la Directiva 96/71. Recordemos que, según lo explicado anteriormente, esta Directiva contempla la temporalidad como una expectativa de regreso al Estado de origen; es decir, el desplazamiento al extranjero se configura como temporal en relación con el Estado en el que el trabajador normalmente trabaja. Si el trabajador es contratado en el Estado de destino para trabajar en este temporalmente para un empleador establecido en otro Estado, en el marco de una prestación de servicios que realiza este empleador a otra empresa radicada en el Estado de destino, parece claro que, en aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I, la ley aplicable en defecto de elección debe ser la del país de destino. No ha lugar, por tanto, a aplicar aquí la Directiva 96/71, ya que la relación laboral se configura plenamente como una relación laboral local, enteramente sujeta a la legislación del país de destino (a salvo un pacto de elección de otra ley aplicable que resulte más beneficiosa para el trabajador, tal y como ampara el artículo 8 del Reglamento Roma I).

52. Tampoco es clara la relevancia que en el juicio de que tratamos pueda tener el criterio enunciado en la letra c) del artículo 4.2 de la Directiva 2014/67: “el Derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro”. Vayamos por partes. Respecto del derecho aplicable a los contratos de trabajo que celebre la empresa, habrá que entender que el criterio va referido a otros contratos laborales, distintos de los contratos con los trabajadores desplazados cuyos desplazamientos están en cuestión. Se tratará de saber, con este criterio, en qué medida la actividad de la empresa está volcada masivamente en el Estado de destino, más que en el Estado de establecimiento. Parece, en todo caso, que la referencia al derecho aplicable debe entenderse hecha a la ley aplicable en defecto de elección, puesto que de otro modo, es decir, de entenderse hecha a la ley aplicable por pacto, se estaría dejando casi al arbitrio del empleador la operatividad de este criterio.

53. Respecto de la segunda mención, la relativa al derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus clientes, se tratará de indagar hacia qué país gravita jurídicamente la actividad em-

en otro Estado miembro de la UE [distinto de Alemania] y sus trabajadores dedicados a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato operan exclusivamente en el país de origen de aquél”. Tal situación no se incluye en ninguna de las tres medidas transnacionales a que se refiere el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71, de modo que esta Directiva no es aplicable al litigio principal” (par. 26-27).

presarial comercial. Si mayoritariamente los contratos comerciales quedan sujetos a la ley del país de destino, estaremos ante un indicador de que la actividad empresarial principal se realiza en este país, no en el de establecimiento. En este caso, puede atenderse a la ley aplicable designada por las partes y, en defecto de elección, a los criterios aplicables en cada caso a tenor del Reglamento Roma I.

54. Todo lo anterior puede estar muy bien en orden a determinar si una empresa lleva a cabo actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna en el Estado de establecimiento; sin embargo, la clave del tema de la vinculación entre desplazamiento y prestación de servicios va más allá de lo anterior. Como ha sabido ver con claridad el Criterio Técnico 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la protección de la libre prestación de servicios “requiere para su aplicación que exista realmente una empresa en el Estado de establecimiento y que lleve a cabo una auténtica prestación de servicios”; por este motivo, se deberá verificar no solo que no estamos ante una mera empresa-buzón, sino “que existe realmente una prestación de servicios y que no se trata con ello de encubrir una cesión ilegal de trabajadores”⁴¹. La pregunta de fondo es si el suministro de mano de obra puede constituir una válida prestación de servicios, amparada por el derecho comunitario.

55. En su clásica sentencia de 17 diciembre 1981, caso *Webb*, el Tribunal de Justicia sostuvo que “la actividad que consiste en la cesión por parte de una empresa, a cambio de una remuneración, de mano de obra que sigue estando al servicio de dicha empresa, sin que exista un contrato de trabajo con el usuario, constituye una actividad profesional que reúne los requisitos establecidos en el párrafo primero del artículo 60 [del Tratado CEE]. En consecuencia, debe ser considerada como un servicio a efectos de dicha disposición”. El Tribunal enjuiciaba en este caso la actividad de puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal, por lo que también pudo añadir que los Estados miembros pueden “someter la cesión de mano de obra en su territorio a un régimen de autorizaciones, para poder denegar su concesión cuando existan razones para temer que dicha actividad pueda perjudicar las buenas relaciones en el mercado laboral o que los intereses de los trabajadores de que se trate no queden suficientemente garantizados”. Hay que entender, por tanto, que la cesión de trabajadores podrá constituir una actividad profesional para aquellas empresas que cumplan los requisitos razonablemente exigidos por los Estados, entre otros el de autorización. Para las empresas que no cuentan con esta autorización, por tanto, la cesión de trabajadores no constituye una prestación de servicios legítima, y por tanto el desplazamiento de trabajadores realizado para ejecutar dicha cesión no encuentra amparo en la Directiva 96/71. Como concluye el Criterio Técnico 97/2016 de la Inspección, “la empresa prestadora no puede limitarse a suministrar mano de obra”.

56. Una prestación de servicios que merece un tratamiento singular desde la perspectiva que nos ocupa es la que se produce entre empresas del mismo grupo multinacional o incluso entre centros de trabajo o sucursales de la misma empresa. La Directiva 96/71 contempla entre los supuestos que dan lugar a su aplicación “desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento” (artículo 1.3 b). Ciertamente, una prestación de servicios intragrupo está amparada por la libertad de prestación de servicios, sin perjuicio de sus implicaciones en diversos órdenes (fiscal, por ejemplo). Desde la óptica laboral, el desplazamiento del trabajador podrá anclarse en la Directiva 96/71 siempre que se produzca real y efectivamente en el marco de tal prestación de servicios, que por este mismo motivo ha de quedar perfectamente delimitada. Así, es decir, si el trabajador se desplaza para prestar él su trabajo de manera indistinta, desvinculada de una concreta prestación empresarial de servicios, el desplazamiento no podrá ampararse en la Directiva. Así lo contempla también la Inspección de Trabajo, que en su citado Criterio Técnico 97/2016, prevé para los casos de desplazamiento a sucursal, centro de trabajo de la misma empresa, o a empresa del mismo grupo, que la prestación laboral que el desplazado desarrolle cuente con “un mínimo de sustantividad propia dentro de lo que es la actividad global del centro o la empresa receptores de la prestación”. En

⁴¹ Apartado primero del Criterio Técnico.

este sentido, la mera cesión de trabajadores intra grupo o los meros desplazamientos a otros centros o sucursales de la misma empresa, a fin de integrarse en la organización de destino o a fin de desarrollar en ellos tareas que son inherentes a los centros de destino, no pueden calificarse de desplazamientos de la Directiva 96/71. Serán, en su caso, expatriaciones, a las que habrá de dar el tratamiento contractual que proceda al amparo del Reglamento Roma I, pero no podrán las empresas ampararse en la libre prestación de servicios para excluir el cumplimiento de las legislaciones locales aplicables en cada caso.

III. La sobreaplicación de la Directiva 96/71 y su control

57. La Directiva 96/71 contempla en su ámbito de aplicación una serie de desplazamientos para los cuales establece determinados efectos jurídicos. Como resultado de una jurisprudencia europea muy estricta, que ha primado sistemáticamente la libertad económica sobre los aspectos sociales⁴², la Directiva ha acabado por convertirse en una norma de “máximos”, en una norma que prácticamente “agota” la protección que cabe conferir al trabajador por el Estado de destino. Se ha hablado, así, de la “condición de excepción” de la Directiva 96/71⁴³. La excepcionalidad de la Directiva también destaca cuando se la ubica en el marco general que proporciona el Derecho Internacional Privado⁴⁴. Sin ánimo de pretender agotar las relaciones entre la Directiva y el Reglamento Roma I, debe reconocerse que, para empezar, la Directiva guarda una doble relación con el Reglamento. Por un lado, la Directiva provoca un fraccionamiento (*depeçage*) de la ley aplicable⁴⁵, en la medida en que a una relación contractual gobernada por la ley de un país A se le aplican determinadas disposiciones imperativas de la ley de un país B. Por otro lado, la Directiva integra normativamente mediante los contenidos definidos en su artículo 3 el concepto de “leyes de policía” del artículo 9 del Reglamento, también conocidas como “normas internacionalmente imperativas”⁴⁶. No es este el lugar para desarrollar ambas cuestiones. Tan solo me interesa reseñar que el carácter excepcional de la Directiva se proyecta en cuanto evita el funcionamiento normal del Reglamento Roma I: si el desplazamiento está amparado por la Directiva, la ley aplicable es la del país de origen, sin que resulte de aplicación lo previsto en el artículo 8 del Reglamento, limitándose el Estado de destino a exigir la aplicación de unos mínimos imperativos que son los que resultan del artículo 3 de la Directiva.

58. Desde la óptica del presente trabajo, lo más importante de la Directiva 96/71 es este efecto impeditivo del pleno funcionamiento del artículo 8 del Reglamento Roma I. Pero para que este efecto se produzca, es preciso que estemos ante un desplazamiento genuino, según lo estudiado anteriormente. Conuerdo con quien ha señalado que hasta la fecha hemos asistido a una sobreaplicación de la Directiva 96/71⁴⁷. Ello ha resultado, en parte, de una cierta parálisis de las autoridades de control de los países implicados, sobre todo los receptores; parálisis inducida, también en parte, por una jurisprudencia euro-

⁴² Al respecto, M.T. ALAMEDA CASTILLO, “Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa social?”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2010 (v.e.). Un posible nuevo enfoque del Tribunal de Justicia parece entreverse en su sentencia de 12 febrero 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*; en este sentido, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Un nuevo enfoque de la Directiva 96/71 sobre la protección de los trabajadores desplazados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2015, pp. 485-491: “El Tribunal de Justicia parece haber tenido en cuenta la necesidad de un nuevo enfoque que evite una interpretación de la Directiva 96/71 puesta al servicio de la libertad de prestación de servicios” (p. 489). También es de interés M.J. SERRANO GARCÍA, “La individualización de la ley aplicable a la cuantía del salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores”, *La Ley Unión Europea*, núm. 27, 2015.

⁴³ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2010 (v.e.).

⁴⁴ Véase P. JUÁREZ PÉREZ, “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999.

⁴⁵ En este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993-II.

⁴⁶ A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones esquivadas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, pp. 222 ss.

⁴⁷ A.A.H. VAN HOEK, op.cit., p. 168.

pea enormemente restrictiva de las medidas de control y enormemente expansiva de los efectos legales de meros expedientes burocráticos como el conocido certificado A1 (antiguo E101). A este último respecto, es importante razonar, no obstante, por qué la eficacia de este certificado debe limitarse al plano estricto de seguridad social.

59. El certificado A1 se emite por la institución competente del Estado de establecimiento al amparo del artículo 19.2 del Reglamento (CE) 987/2009 (Reglamento de Aplicación del Reglamento 883/2004). El artículo 5 del propio Reglamento codifica la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia⁴⁸, en términos inequívocos: “Los documentos emitidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a los efectos de la aplicación del Reglamento de base y del Reglamento de aplicación, y los justificantes sobre cuya base se hayan emitido dichos documentos, podrán hacerse valer ante las instituciones de los demás Estados miembros mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos”. Se otorga, por tanto, una competencia exclusiva al Estado de origen no solo para emitir, sino también para retirar o invalidar el certificado emitido: en palabras del Tribunal de Justicia: “incumbe a la institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado E 101 volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado cuando la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado y, por lo tanto, sobre las menciones que en él figuran”⁴⁹. Mientras no es retirado o invalidado por la institución del Estado de establecimiento, el certificado genera “una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador de que se trate al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que está establecida la empresa que lo emplea”, siendo “vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo”⁵⁰. La falta de acuerdo entre el Estado de establecimiento y el de destino aboca al procedimiento regulado por el artículo 5.4 del Reglamento 987/2009: “podrá elevarse el asunto a la Comisión Administrativa, por conducto de las autoridades competentes, una vez transcurrido al menos un mes desde la fecha en que la institución que recibió el documento haya presentado su solicitud. La Comisión Administrativa tratará de conciliar las posturas de las instituciones en los seis meses siguientes a la fecha en que haya sido consultada”. La conclusión es clara: no es posible para las autoridades administrativas o judiciales del Estado de destino retirar o invalidar el certificado, incluso aunque tengan fundamentos para cuestionar la veracidad de los presupuestos para su emisión.

60. Es cierto que esta conclusión tan rotunda sobre el certificado A1 podría ser revisada si el Tribunal de Justicia llegase a dictar sentencia en la línea apuntada por las Conclusiones del Abogado General en el caso C-359/16 (*Altun*). En sus Conclusiones, el Abogado General considera que una autoridad judicial nacional puede dejar sin efecto el A1 si declara que el solicitante del certificado ha incurrido en “fraude debidamente probado”. Eso sí, según las citadas Conclusiones, “la determinación de la existencia de un fraude exige la concurrencia de un elemento objetivo y de un elemento subjetivo”. El elemento objetivo “consiste en que los requisitos exigidos para la obtención de la ventaja solicitada [...] no se cumplen en realidad”. Pero la concurrencia del elemento objetivo no es suficiente para otorgar estas facultades al Estado de destino; por lo que el Abogado General añade: “Para llegar a la conclusión de que existe un fraude, resulta igualmente necesario, a mi juicio, que se demuestre que los interesados han tenido la intención de disimular el hecho de que los requisitos de expedición del certificado E 101 no se cumplían en la realidad, con vistas a obtener la ventaja derivada de dicho certificado. Esta intención fraudulenta constituye, en mi opinión, el elemento subjetivo que permite distinguir el fraude de la simple comprobación de que no se cumplen los requisitos [...] en virtud de la cual se ha expedido el certificado E 101. La prueba de la existencia de tal intención fraudulenta puede ser una acción voluntaria, concretamente una exposición errónea de la situación real del trabajador desplazado o de la empresa que desplaza dicho trabajador, o bien una omisión voluntaria, como la no revelación de información pertinente”.

61. Con independencia de la validez y eficacia del certificado A1, lo cierto es que su alcance

⁴⁸ Por todas, sentencia de 27 abril 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff GmbH*.

⁴⁹ Sentencia *A-Rosa Flussschiff*, cit., par. 44.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 41.

debe limitarse, en cualquier caso, al estricto ámbito de seguridad social. Por ello, una autoridad administrativa o judicial que aprecie que el desplazamiento de un trabajador a su territorio nacional no es genuino, bien porque no sea temporal, bien porque se incurra en cesión ilegal o el empleador real sea el del Estado de destino, bien porque no exista vinculación con una prestación transnacional de servicios, puede y debe declararlo así a los efectos contractuales oportunos, sin necesidad siquiera de cuestionar la validez de certificado de seguridad social y sin necesidad, por tanto, de que las autoridades del Estado de establecimiento muestren su aquiescencia o conformidad. Naturalmente, si la autoridad pretende producir efectos también en el plano de seguridad social, debe seguir el procedimiento de revocación o anulación del certificado regulado en el artículo 5 del Reglamento 987/2009. De este modo, en casos como el resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 780/2009, de 30 octubre 2009, en que se aprecia que una sociedad portuguesa contratada por otra española para realizar en Ifema-Madrid trabajos de encofrado incurría en prestamismo laboral, deben aplicarse plenamente las condiciones de trabajo que resultan de la legislación laboral española –incluyendo los convenios colectivos, naturalmente–, al entenderse que los trabajadores suministrados por la entidad extranjera tienen, en realidad, contratos laborales locales con la entidad española, con lo que no ha lugar a la aplicación de la Directiva 96/71.

LA REMISIÓN A LA LEY ESPAÑOLA EN MATERIA SUCESORIA Y DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

THE REFERENCE TO SPANISH LAW IN MATTERS OF SUCCESSION AND MATRIMONIAL ECONOMIC REGIME

JOSÉ LUIS IGLESIAS BUIGUES

*Catedrático de Derecho Internacional privado
Profesor Emérito honorífico. Universidad de Valencia*

Recibido: 08.01.2018 / Aceptado: 24.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4122>

Resumen: El presente artículo aborda la problemática, doctrinalmente nada pacífica, que origina la designación de la ley española en el ámbito de las sucesiones *mortis causa* y del régimen económico matrimonial como consecuencia de la regulación de ambas materias, respectivamente por los Reglamentos (UE) 650/2012 y 2016/1103 y el sistema que estos instrumentos ordenan –el mismo en ambos– para la determinación de la ley aplicable cuando se trate de un Estado plurilegislativo, que es el caso de España. Habida cuenta de que el sistema de designación de la ley aplicable en el conflicto de leyes interno parte del principio de unidad de soluciones, esto es, de la aplicación a los conflictos internos de las mismas normas que se aplican a los internacionales, formalmente ubicadas, en su mayor parte y, en concreto, en las materias que nos ocupan, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, una parte significativa de la doctrina española especializada argumenta que son las normas de Derecho Internacional privado allí recogidas –y no otras– a las que se refiere el sistema interno querido por el legislador español, aun cuando, en el caso concreto de dichas materias, hayan sido eliminadas y sustituidas por las establecidas en los citados Reglamentos. En este artículo, tras una valoración crítica de esta posición doctrinal, se llega a una interpretación distinta, si bien coincidiendo con la anterior en la necesidad urgente de que el legislador español modifique el vetusto sistema de conflicto de leyes interno para adaptarlo a las realidades de los nuevos tiempos.

Palabras clave: Sucesiones y régimen económico matrimonial, Reglamentos (UE) 650/2012 y 2016/1103, remisión a la ley de un Estado plurilegislativo, conflictos de leyes internos e internacionales.

Abstract: This article deals with the non-pacific question of the application of the Spanish law in cases of succession and matrimonial property regimes given the content of the new Regulations (EU) 650/2012 and 2016/1103 and specifically taking into account how they deal with territorial multi-unit States, as it is the case of Spain. Given the fact that the application of Spanish law follows the principle of “unity of solutions”, i.e. the application of the same set of rules for both for international and merely and purely interregional cases –dispositions contained in Chapter IV of the Preliminary title of the Spanish civil Code–, some authors consider that some of these latter rules are still applicable despite they have been amended by the European legislator. The article critically analysis this doctrinal position and considers there is a better way for interpretation. However, both of them consider the necessity of a new system of internal conflict-of-law rules drafted by the Spanish legislator and given the new and current scenario.

Keywords: Succession and matrimonial economic regime, Regulations (EU) 650/2012 and 2016/1103, referral to the law of a plurilegislativ State, conflicts of domestic and international laws.

Sumario: I. Introducción y planteamiento. II. El art. 38 del Reglamento: sentido y alcance. III. El art. 36 del Reglamento. 1. La remisión indirecta. 2. Las reglas subsidiarias. 3. El supuesto de la forma de las disposiciones mortis causa. IV. La norma interna de conflicto de leyes. El art. 16 Cc. 1. La remisión a las normas de conflicto del Título Preliminar del Cc. 2. La solución “estática”. 3. Valoración crítica desde una perspectiva dinámica. V. Conclusión.

I. Introducción y planteamiento

1. El Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4-7-2012, *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*¹, en sus arts. 36, apart.1 y 2, 37 y 38 y los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y nº 2016/1104, de 24-6-2016, por los que se establece, respectivamente, *una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*², en sus arts. 33, 34 y 35, establecen las reglas, literalmente *quasi* idénticas pero con el mismo resultado, en los supuestos en los que la ley aplicable, determinada en virtud de uno u otro, resulte ser la de un Estado plurilegislativo, ya sea por la existencia en él de unidades territoriales con derecho propio, ya por la de sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas.

2. La regulación de esta cuestión en estos Reglamentos –que elimina, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la solución dada en el art. 12.5 del C.c.– es de gran importancia, desde la perspectiva española, por tratarse de un Estado en el que coexisten, en las materias sucesiones y régimen económico matrimonial, un Derecho civil común junto a los Derechos forales. No hay unanimidad doctrinal en la interpretación de esta importante cuestión. Las líneas que siguen constituyen una toma de posición más para el debate, que viene originado – y en esto sí que parece existir acuerdo en la doctrina – por la ausencia de previsión y de perspectiva de futuro del legislador español.

3. El Reglamento sobre las uniones registradas plantea, de entrada, una cuestión previa más compleja. No es objetivo de estas líneas abordar la problemática que, en este punto, suscita este Reglamento, que exige un estudio individualizado, limitándome a señalar algunos de los aspectos de esta complejidad, suscitada por el hecho de que, de un lado, con la entrada en aplicación del Reglamento, se contará con unas reglas precisas de determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y de designación de la ley aplicable, así como para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales pero, de otro, no existe en estos momentos, ni nada apunta a que, en 2019, pueda existir, una ley de ámbito nacional que reconozca y regule la institución de la unión registrada ni, aun menos, la no registrada. En esta situación, habría que valorar, de entrada, el alcance del art. 9 del Reglamento, que permite, en este supuesto, que el tribunal competente del Estado miembro pueda inhibirse del conocimiento del asunto, precisamente en los casos de fallecimiento de uno de los miembros de la unión o de disolución o anulación de ésta. Por otra parte, como se sabe, este tipo de uniones de hecho, registradas o inscritas en un registro municipal, han sido objeto de previsión legislativa en algunas Comunidades Autónomas, en su mayoría en sus aspectos formales o procedimentales, o a los efectos de ciertos derechos de carácter público, sin pronunciarse sobre las cuestiones relativas a los derechos y deberes de carácter civil patrimonial entre los miembros de la unión y, cuando la legislación autonómica ha entrado en ello, en algunos casos ha sido anulada (Madrid, Navarra, Comunidad Valenciana). En esta materia, en general, los tribunales han venido calificándola de relación contractual y, por lo tanto, sometida al derecho de los contratos, por lo que, en el caso de las parejas internacionales, difícilmente podría haberse planteado la disyuntiva de aplicación de un Derecho común o foral y, además, habría que preguntarse si, debido a esta calificación, la materia se habría deslizado al campo de otro Reglamento en cuanto a la determinación de la ley aplicable (Roma I) que previene una solución bien distinta en el

¹ DOUE L201, de 27-7-2012, p. 107

² DOUE L183, de 8 de julio de 2016, respectivamente p.1 y p. 30.

supuesto de remisión a un Estado plurilegislativo. Con la adopción del Reglamento 2016/1104, esta calificación ya no es posible para las uniones en él previstas. Por otra parte y, en cualquier caso, a partir de la fecha de aplicación del Reglamento, en la actual situación, si en alguna Comunidad Autónoma (Cataluña, País Vasco, por ejemplo) existe una legislación sustantiva vigente relativa a los efectos patrimoniales para el supuesto de fallecimiento de uno de los miembros, o disolución o anulación de la unión registrada, y se obviara las dudas que pudieran plantarse por el hecho de que el Reglamento contiene en su art. 3.1, a) una definición de “unión registrada” y, además, remite a la ley de un *Estado*, acompañando la previsión de norma para cuando éste *comprenda varias* unidades territoriales con derecho propio en la materia, sería verdaderamente aventurado mantener que el art. 16 Cc es la norma interna en materia de conflicto de leyes internos que responde a la remisión que efectúa el art. 33.1 del Reglamento.

4. Centrándonos en los dos primeros Reglamentos antes citados, la regulación relativa a los conflictos de leyes interpersonales (art. 37 del Reglamento de sucesiones y 34 del Reglamento sobre el régimen económico matrimonial) es de escasa o nula relevancia en los casos de aplicación de la ley española, puesto que son situaciones inexistentes en España. Si se plantea un supuesto a un tribunal español competente en el que la ley aplicable fuere la de uno de estos Estados, las dos disposiciones citadas ordenan la aplicación del conjunto de normas determinado por el sistema de reparto vigente en dicho Estado y, si no lo tuviera, habrá que aplicar el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.

5. Son, pues, los arts. 36 y 38 del Reglamento sucesiones (y 33 y 35 del de régimen económico matrimonial) los que, redactados en similares términos para sus respectivas materias, plantean una idéntica problemática de interpretación en cuanto a la aplicación de la concreta ley española. Habida cuenta de la aludida identidad de regulación en estos dos Reglamentos, nos referiremos, en adelante y en particular, al Reglamento en materia de sucesiones, que es el que, en los momentos en que redactamos estas líneas y desde el 17 de agosto de 2015, se encuentra plenamente en aplicación.³

6. Conviene, por último, recordar el reparto competencial entre la Unión Europea y sus Estados miembros en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, en concreto, para lo que ahora interesa, en lo que atañe al Derecho internacional privado o, en los términos del TFUE (art. 81), a la Cooperación judicial en materia civil. Señalo esta cuestión porque no pienso que sea apropiado plantearse en este caso el debate doctrinal en torno a las relaciones de jerarquía normativa o, bien, de prevalencia, entre la ley española y un convenio internacional “clásico” suscrito por España, suscitado por el tratamiento arbitrado en el art. 96 de la CE.

7. En efecto, tratándose de la UE y su Derecho y, en concreto de los Reglamentos en materia de D.i. privado, estamos ante una cuestión de competencia legislativa. Como es sabido, desde el ingreso de España en las entonces Comunidades Europeas con la ratificación en junio de 1985 de los Tratados de París y Roma y las subsiguientes modificaciones operadas hasta llegar a los actuales TUE y TFUE, se ha transferido a la Unión el “*ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*” (art. 93 CE). La Cooperación judicial en materia civil, como parte del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, es una materia de competencia compartida entre la Unión y sus Estados miembros (art. 4.2, j) del TFUE) esto es, una competencia que pueden ejercer los Estados miembros “*en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya*” (art. 2.2 TFUE). La consecuencia es que, una vez ejercida por la Unión, la materia cubierta por el instrumento legislativo pasa a ser competencia exclusiva de ésta en el orden interno y en el internacional⁴. Con los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103, las normas de conflicto en materia de

³ Por su parte, los otros dos Reglamentos citados serán aplicables a partir del 29-1-2019 en los Estados miembros que participen en la cooperación reforzada en ese momento.

⁴ Vid, a título de ejemplo, la “Declaración de competencia de la Comunidad en la que se especifican las materias en las que sus Estados miembros le han transferido competencias”, Anexo II de la “Declaración del Consejo, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado” (2006/719/CE) *DOUE L* 297, de 26-10-2006, p.1

sucesiones y de régimen económico matrimonial han pasado a ser competencia exclusiva de la Unión y la aplicación de los convenios internacionales en los que España fuera parte dependerá de las previsiones del correspondiente Reglamento (art. 75 del de sucesiones y art. 62 del de régimen económico matrimonial)⁵. Cuando el art. 149.1,8ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las normas de resolución de los conflictos de leyes, hay que entenderlo, obviamente, con relación y frente a la competencia del legislador autonómico.

II. El art. 38 del Reglamento: sentido y alcance

8. Desde mi punto de vista, la problemática suscitada en torno a la remisión a la ley española en virtud de la regla de conflicto del Reglamento de sucesiones, debe comenzar por esclarecer, primero el sentido y, luego, el alcance, de su art. 38 (art. 35 del de régimen económico matrimonial) que, con el enunciado “*Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos de leyes internos*”, establece que

“Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”.

9. De esta redacción puede concluirse que la disposición, de un lado, se refiere, de forma expresa, a un Estado que comprende varias unidades territoriales, cada una de ellas con un conjunto de normas propio en materia sucesoria, esto es, a la situación prevista en el art. 36 y no a la contemplada en el art. 37 del propio Reglamento, no solo por el sentido de sus propios términos sino porque la distinción se entiende cuando se estima que no resulta apropiado aplicarse a los conflictos de leyes interpersonales, que ciertamente son de naturaleza distinta a los interterritoriales y, de otro, como ya se consideró acertadamente por la doctrina⁶, que, a pesar de su enunciado, el dispositivo indica de forma clara y expresa que no hay obligación alguna de aplicar el Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre las unidades territoriales del Estado con derecho sucesorio propio, de lo que se desprende, también claramente, que nada impide su aplicación si así se decide por el legislador nacional. Como veremos un poco más adelante, esta disposición, en sustancia, no establece más que lo que ya viene establecido en el TFUE.

10. Esta técnica consistente en extender opcionalmente a los conflictos interterritoriales las soluciones del Reglamento relativas a la determinación de la ley aplicable, ya fue utilizada en precedentes Reglamentos de la Unión Europea y en varios Convenios de La Haya de Derecho internacional privado⁷.

⁵ Sobre esta cuestión, en general, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues. C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (Eds.) Tirant lo Blanc, Valencia 2012, pp. 57-77.

⁶ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el dret interregional del futur?”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, núm. 4, 2010, pp. 61.; A. BONOMI, “Articles 36 à 38”, en A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 562.; P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 38. Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos de leyes internos”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (Directores) *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Tirant lo Blanch Tratados. Valencia 2015, p. 305.; E. ZABALO ESCUDERO, “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DPr*. Revista 3. 2016, p. 7.

⁷ Es la redacción existente en el art. 22.2. del Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) *DOUE* L 177 de 4 de julio de 2008, p. 6, en el art. 25.2 del Reglamento (CE) n° 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* L 199, de 31 de julio de 2007, p. 40, en el art. 16 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III) *DOUE* L 343, de 29 de diciembre de 2010, p. 10 y, por citar uno de los últimos convenios, art. 15.1 del Protocolo de La Haya de 23-11-2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, al que reenvía el art. 15 del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE* L 7, de 10 de enero de 2009. p. 1.

11. Ahora bien, a la vista de la interpretación antes expuesta, parece necesario precisar el alcance de la disposición, esto es, si se está refiriendo sólo a los supuestos puramente internos, sin ningún elemento de extranjería, pero en los que se presenta la cuestión de determinar cuál es la ley material de la unidad territorial que debe aplicarse, supuesto en el que la solución prevista para tal cuestión en el Reglamento únicamente podría aplicarse por decisión unilateral del legislador nacional, o incluye, junto a ellos, también los supuestos con elemento de extranjería, en los que la ley designada sea la de un Estado plurilegislativo, en la posterior fase de localización de la ley de la unidad territorial definitivamente aplicable.

12. Resulta obvio afirmar que las disposiciones del Reglamento solo obligan a los Estados miembros cuando el Reglamento es aplicable y el Reglamento solo lo es cuando se trata de una sucesión internacional o, en los términos de su base jurídica, el art. 81 del TFUE, cuando se trate de “*asuntos civiles con repercusión transfronteriza*” de la misma manera que, en España, cuando la situación sucesoria presentaba algún elemento de extranjería, se recurría a la norma de conflicto del art. 9.8 del Cc para determinar la ley aplicable⁸. Como ya lo había dejado claro el TJUE en relación con el Convenio de Bruselas, afirmación perfectamente trasladable al Reglamento sucesiones, “*Es cierto que, como se desprende del informe sobre dicho Convenio elaborado por el Sr. Jenard(DO 1979, C 59, pp. 1 y ss., especialmente p. 8), la aplicación de las reglas de competencia del Convenio de Bruselas requiere un elemento de extranjería.*”⁹

13. No puede deducirse de ello que el art. 38 incluye también el supuesto de una sucesión con elemento de extranjería en el que la ley designada fuere la de un Estado plurilegislativo, puesto que se entraría en colisión con el propio Reglamento, que igualmente regula el sistema por el que se localizará la ley definitivamente aplicable. De interpretarse el art. 38 en el sentido de que no obliga a aplicar las soluciones del Reglamento a los conflictos interregionales, sean o no consecuencia de una sucesión internacional, se estaría incurriendo en una contradicción en sustancia con el art. 36.1 del propio Reglamento, que de forma clara y taxativa, dispone la aplicación de las normas internas sobre conflicto de leyes del Estado, en el caso de que la “*ley designada por el presente Reglamento*” fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, que es el caso de España. A riesgo de redundar en la obviedad, la designación de la ley aplicable en virtud del Reglamento exige que éste sea aplicable y solo puede serlo en el caso de sucesión internacional. En otras palabras, prever que la ley designada sea la de un Estado plurilegislativo conlleva necesariamente que la cuestión sucesoria a resolver es internacional¹⁰. En consecuencia, con aquella interpretación, ante una sucesión con elemento de extranjería, el art. 38 estaría disponiendo la no obligación de aplicar el Reglamento a los subsiguientes conflictos de leyes planteados exclusivamente entre unidades territoriales con derecho propio del Estado cuya ley resulta aplicable, mientras que el art. 36 obligaría a aplicar las soluciones en él previstas para dichos conflictos de leyes. No se trata de que el legislador de la Unión esté arbitrando un sistema de conflicto de leyes interterritoriales del Estado miembro con un Derecho no unificado – para lo que, por ahora, carece de competencia – sino decidiendo la vía de localización de la ley definitivamente aplicable a una sucesión internacional, que puede ser, como en este caso, ordenar para ello la aplicación de las reglas de conflicto internas, cuando existan, pero que podría haber establecido una solución diferente, como las arbitradas en otros Reglamentos, que más adelante veremos.

14. Por ello, no sería aceptable una interpretación que tachase al Reglamento de contradictorio en sí mismo, tanto más cuando, bien al contrario, la lógica no lleva a otra conclusión que la de considerar que el legislador de la Unión está refiriéndose, en el art. 38 del Reglamento, solo a los supuestos puramente internos en los que, tratándose de un Estado plurilegislativo, debe determinarse la ley de la unidad

⁸ Solo cuando el causante era español, el derecho sucesorio común o foral aplicable se localizaba por medio de la misma regla de conflicto, pero sustituyendo la conexión “nacionalidad” por la vecindad civil, tal como ordena el art. 16.1 del C.c.

⁹ Sentencia de 1-3-2005, *Owusu*, C-281/02, *ECLI:EU:C:2005:120*, recordada igualmente en su Dictamen 1/03, de 7-2-2006, *EU:C:2006:81*.

¹⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”. *Revista de Derecho Civil*, vol.II, nº 4 (octubre-diciembre 2015) Estudios, p. 11.

territorial que resulta aplicable. El art. 38 no hace otra cosa que recordar al legislador nacional lo que ya está dispuesto en la base jurídica del Reglamento –el art. 81 TFUE– algo obvio, que no tiene obligación alguna de aplicar el Reglamento a tales conflictos, pero puede hacerlo si así lo decide. El art. 38 no añade nada al fondo de la cuestión porque nada cambiaría y todo continuaría igual en el caso de que no existiera la citada disposición: el Estado podría decidir aplicar a los conflictos interregionales las soluciones del Reglamento, no estando obligado a ello. Es la misma solución que ya estableció el legislador español, aunque de forma positiva y obligatoria, en el art. 16.1 del C.c. El problema, como veremos, no está en el art. 38 del Reglamento sino en los arts. 14 y 16 del C.c., y lo estaría existiera o no el art. 38.

15. La interpretación que aquí se predica –en mi opinión resultado de la evidencia misma– es la que ya se había explicitado, por ejemplo, a propósito del art. 15.1 del Protocolo de La Haya de 23-11-2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, que es una disposición sustancialmente idéntica al art. 38 del Reglamento de sucesiones y que vincula a España al haber sido aprobado por la UE en virtud de su competencia exclusiva externa¹¹. Sería una auténtica contradicción que se interpretase de forma distinta la misma disposición, según se tratase del Reglamento o del Protocolo de La Haya¹².

16. Así, planteándose la sucesión de un causante español, con domicilio/residencia habitual en España y con todos sus bienes sitos en el país, no es el art. 36 del Reglamento sino las disposiciones previstas en el Código civil para los conflictos de leyes internos, los arts. 14 y 16, las que deberán aplicarse, lo que va a crear un problema por imprevisión del legislador español. Si este mismo causante español posee bienes en otro Estado, por ejemplo en Francia, estamos ante una sucesión internacional regida por el Reglamento, por lo que la determinación de la ley sucesoria en concreto aplicable sigue el mismo camino que en el ejemplo anterior, esta vez por mandato de su art. 36 y, en consecuencia, la ley sucesoria definitivamente aplicable no puede ser distinta en un caso y otro, esto es, que la solución que se mantenga será válida para ambos supuestos, la sucesión interna y la internacional.

17. Como argumentaremos más adelante, cabría interpretar que el legislador español ya había potencialmente decidido –sin haber podido prever el alcance de su decisión– aplicar las soluciones del Reglamento a los conflictos de leyes que se originen debido a la coexistencia en el país de distintos derechos en materia de sucesiones *mortis causa* (o de régimen económico matrimonial). Si ahora se percibe claramente los problemas que suscita aquella decisión del legislador español, en su mano está resolverlos.

¹¹ Decisión del Consejo 2009/941/CE, de 30-11-2009. *DOUE* L 331, de 16-12-2009, p.17.

¹² En el Informe explicativo del Protocolo, redactado por A. BONOMI, según el texto traducido por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, se explica lo siguiente : “*Artículo 15 No aplicación del Protocolo a conflictos internos . 185. Este artículo especifica que un Estado en el que se apliquen en materia de obligaciones alimenticias dos o varios sistemas de derecho o conjuntos de normas, no estará obligado a aplicar las normas del Protocolo para resolver los conflictos internos resultantes. En efecto, el Protocolo está destinado a resolver los conflictos de leyes en situaciones internacionales y no pretende que se aplique en situaciones meramente internas...186. El Estado correspondiente, sobre una base meramente voluntaria y unilateral, podría decidir aplicar el Protocolo para resolver los conflictos internos, si lo desea. Esta solución, ciertamente contemplable para los conflictos interterritoriales, parece sin embargo inadecuada para los conflictos interpersonales.*” A pesar de la evidencia, si se suscitara alguna duda en cuanto al alcance que se atribuye a la disposición en el comentario, quedaría despejada en el dedicado al art. 16.2 del Protocolo, que ordena una solución idéntica a la del art. 36 del Reglamento :

^{187.} *Este artículo indica cómo proceder cuando, en una situación internacional, (el destacado es mío) la ley designada por el Protocolo es la de un sistema no unificado, en el que se apliquen en materia de obligaciones alimenticias dos o varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas en unidades territoriales diferentes... Si, por ejemplo, el Protocolo designa la ley de un Estado A debido a que el acreedor tiene su residencia habitual en dicho Estado, y ese Estado es un sistema no unificado, la autoridad que conoce del asunto en otro Estado B (Parte en el Protocolo) se enfrentará a una duda sobre si las normas aplicables son las de una u otra de las distintas unidades territoriales que componen el Estado A.*

^{188.} *El artículo 16(2) especifica que para identificar en este caso la ley aplicable según el Protocolo, hay que basarse primero en las normas vigentes en el Estado correspondiente, que identifiquen la unidad territorial cuya ley es aplicable (art. 16(2) a)). En nuestro ejemplo, la autoridad en el Estado B deberá, pues, basarse en primer lugar en las normas que son aplicables en el Estado A para resolver los conflictos interterritoriales;”*

III. El art. 36 del Reglamento

1. La remisión indirecta

18. En el supuesto de una sucesión internacional en el que la ley aplicable sea la de un Estado plurilegislativo o, en los términos del art. 36.1 del Reglamento, “(E)n el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones...” (o “en materia de régimen económico matrimonial”, art. 33.1 del Reglamento 2016/1103) la ley de la unidad territorial aplicable se determina por las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado¹³. En el caso de España, el art. 16 en relación con el art. 14, del Cc.

2. Las reglas subsidiarias

19. En defecto de normas internas sobre conflicto de leyes, el art. 36.2 arbitra una serie de conexiones subsidiarias distinguiendo tres supuestos, referidos al tipo de conexión en virtud de la cual se precisa la localización de la ley en el Estado plurilegislativo:

- a) Cuando las normas de conflicto del Reglamento se refieran a la conexión *residencia habitual*, se estará haciendo referencia a la ley de la unidad territorial en la que el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento.
- b) Resultando de aplicación la conexión *nacionalidad*, se estará a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.
- c) Finalmente, cuando resulte de aplicación la ley de un Estado plurilegislativo en virtud de *cualquier otra conexión*, se aplicará la ley de la unidad territorial en la que esté situado el elemento pertinente¹⁴.

20. Claro está que la cuestión se tornará más compleja en función de la vía por la que se haya designado la ley del Estado plurilegislativo, no solo por los factores de conexión formales (residencia habitual, vinculación más estrecha, ley nacional elegida por el causante) sino también por “incidencias” como el reenvío –aceptado en las sucesiones pero no en los regímenes económicos matrimoniales– o a través de la excepción del orden público internacional o, simplemente, porque el Derecho extranjero aplicable no fue debidamente acreditado. Así, podrían presentarse supuestos de compleja solución en la aplicación normal del Reglamento, sobre todo dependiendo de la interpretación que se profese del art. 16 del Cc y de su remisión a las normas del Capítulo IV del T.P del Cc¹⁵.

¹³ La aplicación del sistema de conflicto de leyes interno o interregional del Estado es solución que ya se utilizó, por ejemplo, en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, art. 19.2; Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, artículo 48, a); Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos, art. 46, a) y en el ya citado Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, art. 16.2.

¹⁴ La Propuesta de la Comisión, en su art. 28.1, establecía una solución bien distinta y limitada, la de considerar cada unidad territorial como un Estado a los efectos de la aplicación del Reglamento, como así se establece en el art. 22 del Reglamento 593/2008 “Roma I” o en el art. 25 del Reglamento 864/2007, “Roma II”. La justificación que aparentemente llevó a la solución recogida en el art. 36, a más de la posible inspiración que podría haber proporcionado el citado Protocolo de La Haya de 23-11-2007, que contiene las mismas soluciones en su art.16, de los debates habidos en los comités del Consejo sobre esta norma pueden deducirse algunas pistas motivadoras del cambio: crítica del nulo respeto de las reglas de los Estados sobre los conflictos de leyes interregionales, ambigüedad, cuando no indeterminación, de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable en cuanto que planteaba la duda sobre la posibilidad de elección de cualquiera de los derechos existentes en un Estado plurilegislativo o, por el contrario, el de la unidad territorial con la que el causante guardase cierta vinculación. Tratándose de sucesiones *mortis causa*, probablemente hay otras razones que pueden imaginarse sin dificultad. P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 36. Estados con más de un sistema jurídico-conflictos territoriales le leyes”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (Directores) *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch Tratados., Valencia, 2015, pp.293-294.

¹⁵ Algunos ejemplos de casos de difícil, paradójica o inesperada solución, considerando “vivo” el art. 9.8. Cc, se analizan por S. ÁLVAREZ GONZALEZ, cit, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 4 (octubre-diciembre 2015) Estudios, pp. 17 a 28.

21. Por otra parte, esta modalidad de remisión indirecta del art. 36 hace mucho más problemática la cuestión de saber si el causante, en aplicación del art. 22.1 del Reglamento, podría elegir la ley de la unidad territorial con Derecho propio del Estado de su nacionalidad: la respuesta nos parece que debería ser negativa en una interpretación según el sentido propio de sus términos y en su contexto: una persona “*podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea...*”. La elección directa por un español de la ley sucesoria catalana, vasca, aragonesa o gallega, aunque todas sean “leyes españolas”, sería dudosamente válida porque el causante no posee ninguna de esas nacionalidades, no es nacional de uno de esos territorios que, además, no son Estados, solo posee la nacionalidad española. Una cosa es que el causante tenga más de una nacionalidad – cuestión prevista expresamente por el Reglamento – y otra muy distinta que ese causante pueda elegir de entre varias leyes del Estado de su única nacionalidad, cuestión no prevista en el Reglamento. La normal y razonable aplicación del Reglamento sería que, elegida la ley española, se determinase la definitivamente aplicable por medio de la remisión indirecta del art. 36, que para eso está. Si no fuese así, no solo habría que acreditar la nacionalidad del difunto sino también su vecindad civil, coincidente con la ley elegida, en momentos en los que podría ser distinta, el de la elección o el del fallecimiento, lo que no dejaría de plantear dificultades importantes con el art. 14 C.c. y 16, por un lado y, con la misma coherencia del Reglamento, por otro, tanto más y en particular, si se mantiene la pervivencia del art. 9.8 Cc¹⁶.

3. El supuesto de la forma de las disposiciones *mortis causa*

22. Estas conexiones subsidiarias del art. 36 no son aplicables cuando se trate de determinar la ley aplicable a la validez en cuanto a la forma con arreglo al art. 27, de las disposiciones *mortis causa* (salvo las orales, excluidas por el art. 1.2 f); en este caso, el apartado 3 del art. 36, en defecto de normas de conflicto del ordenamiento del Estado designado, dispone la aplicación de la ley de la unidad territorial con la que el testador, o las personas de cuya sucesión se trate en un pacto sucesorio, hubieran tenido una vinculación más estrecha. No existe, en el Reglamento sobre el régimen económico matrimonial, una disposición equivalente.

23. En España, la solución dispuesta será para los pactos sucesorios puesto que, para las demás disposiciones *mortis causa*, es el Convenio de La Haya de 5-10-1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias¹⁷, el aplicable (desde el 10-6-1988) aunque las conexiones del art. 27 son, en substancia, las mismas que las previstas en el Convenio.

24. De ello se desprende que, desde la entrada en vigor del Convenio, el art. 11 Cc quedó eliminado en cuanto a la forma de los testamentos, incluido el mancomunado, aplicándose la ley designada por una de las cinco conexiones alternativas del art. 1 del Convenio, la del *lugar* en que el testador otorgó la disposición o en donde tenía su domicilio, o su residencia habitual, en el momento en que dispuso o en el del fallecimiento, o, respecto de los inmuebles, la del lugar en que estén sitos, o de una nacionalidad poseída por el testador, en el momento de disponer o en el momento de su fallecimiento¹⁸. En consecuencia, todas las conexiones, salvo la de la nacionalidad del testador, son directas y señalan, en el caso de España, la aplicación de la ley común o foral correspondiente a la del lugar según la conexión de que se trate. Para el caso de que el testador español haya dispuesto de conformidad con la ley nacional, el mismo art. 1 indica que la ley definitivamente aplicable se determina por las normas de conflicto interterritoriales, en este caso, el art. 16.1 Cc y, por lo tanto, por la vecindad civil del testador¹⁹.

¹⁶ Mayores argumentos se darían, en principio, en favor de esa elección directa de la ley de una unidad territorial, con el sistema de remisión directa, por cuanto, en este caso, cada unidad territorial se considera un Estado a los efectos de la aplicación del Reglamento.

¹⁷ BOE nº 197, de 17-8-1988.

¹⁸ En la versión española no se traduce fielmente el texto auténtico (francés) de este art.1, letra b), en el que se emplea la expresión “d'une nationalité possédée par le testateur” y no “De la nacionalidad poseída por el testador”, como ya se advierte en la *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Edición actualizada (2017) preparada por A. BORRÁS RODRÍGUEZ y otros, Tecnos, p. 1041.

¹⁹ P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 36...”, *cit.* pp. 299-300.

25. En el caso de los pactos sucesorios, las conexiones del art. 27 del Reglamento, aunque son las mismas que las del Convenio, no señalan la ley del lugar sino la del Estado en donde se da la circunstancia prevista en la que resulte aplicada, por lo que habrá que acudir, cuando la designada sea la ley española por la nacionalidad de todas o, al menos, una de las personas cuya sucesión sea objeto del pacto, al art. 16.1 Cc y, en consecuencia, a la ley de su vecindad civil.

IV. La norma interna de conflicto de leyes. El art. 16 Cc

1. La remisión a las normas de conflicto del Título Preliminar del Cc

26. En España, la norma interna sobre conflicto de leyes a la que se remite el art. 36.1 del Reglamento es el art. 16 del Cc, que dispone que “(L)os conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV, con las siguientes particularidades: 1ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2ª...” de lo que se desprende sin duda alguna y en buena lógica, que el legislador español ha querido que los conflictos de leyes internos se resuelvan por aplicación de las mismas reglas de D.i. privado que regulan los internacionales, con las particularidades indicadas en la citada disposición²⁰. Por otro lado, la respuesta del art. 16 del Cc es parcial en cuanto que solo se pronuncia en relación con los españoles, que son los únicos que tienen vecindad civil (art. 14 Cc). Para los extranjeros con residencia habitual en España no existe norma interna a los efectos del art. 36 del Reglamento, si bien, como veremos más adelante, algunos autores han visto una posible respuesta por medio de la interpretación analógica del art. 9.10 del Cc.

27. Así que la cuestión a resolver es la de saber cuál resulta ser, hoy, la norma de conflicto de leyes de ese “Capítulo IV” (del Título Preliminar del C.c.) en materia de sucesiones *mortis causa* (y de régimen económico matrimonial) para sustituir la ley personal – la ley nacional según dispone el art. 9.1 del Código – por la vecindad civil, cuando se trate de españoles, teniendo en cuenta que, desde el 17 de agosto de 2015, las sucesiones y, a partir del 29 de enero de 2019, los regímenes económicos matrimoniales, se regulan por las normas de conflicto establecidas, respectivamente, en los Reglamentos (UE) 650/2012 y (UE) 2016/1103.

2. La solución “estática”

28. Una buena parte de la doctrina iusinternacionalprivatista española ha respondido a esta interrogante estimando que el art. 9.8 del Cc pervive para el caso de determinar la ley de la unidad territorial aplicable, estimación que viene ligada y es consecuencia de la consideración de que los conflictos de leyes internos quedan fuera del ámbito de los Reglamentos de la UE en materia de D.i. privado porque están limitados, según su base jurídica –el art. 81 del TFUE– a los “*asuntos civiles con repercusión transfronteriza*”, que viene, además, recordado por el art. 38 del Reglamento de sucesiones. Por ello es por lo que solo cabe la localización de la ley interna pertinente por aplicación de las disposiciones del art. 16 del Cc y, en consecuencia, de las reglas que se recogen en el Capítulo IV de su T.P. y solo en él, lo que vendría, además, apoyado en consideraciones atinentes a la ruptura de lo que se estima principio de

²⁰ Así lo ha establecido el legislador desde los orígenes del Código civil en 1889, cuyo art. 14 ordenaba la aplicación de las normas de conflicto de leyes de los arts. 9, 10 y 11 a “*las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil*” y que ha mantenido, en el actual art. 16.1 y 2, tras la reforma del Título Preliminar del Código, como consecuencia de la Ley de Bases de 17-3-1977, que en su base séptima disponía que, “*respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieren*”. La razón de ello, de pura lógica, se explicita en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil (BOE nº 169, de 9-7-1974): “*Técnicamente no es sino el replanteamiento a escala intranacional de los mismos problemas derivados de la concurrencia internacional de diversos ordenamientos. Por tanto, en gran medida las normas de derecho internacional privado son susceptibles de resolver también esta otra clase de conflictos, pues si falta la identidad existen marcadas correlaciones...*”

unidad de fuentes, pues la regla de D.i.privado actual ya no es de fuente interna, afectándose así a la coherencia resultante de la coordinación existente entre las reglas de conflicto de leyes en los supuestos de una sucesión internacional establecidas en su momento por el legislador español y el sistema implantado para resolver los conflictos de leyes interterritoriales, con la consecuencia de imposibilitar la verdadera unidad de soluciones querida por el legislador estatal, que seguramente nunca se planteó la remisión a normas internacionales²¹.

29. Así pues, el argumento de fondo, o de partida, en que se sustenta esta posición, reside en la consideración de que, debiendo resolverse el caso por la ley española, ya sea porque es la única en presencia al tratarse de una situación puramente interna, ya porque, tratándose de una sucesión internacional, ha sido designada por la regla de conflicto del Reglamento que, en este caso, ordena en su art. 36 la aplicación del sistema interno, la concreta cuestión de la localización de la ley española de entre las existentes en materia sucesoria, es una cuestión doméstica –coto privado del legislador español– que no compete al Reglamento, y que la llamada del art. 16.1 del Cc a las reglas del Capítulo IV del T.P del Código es literalmente a las allí establecidas y solo a ellas, que continúan “vivas” a estos efectos y, en concreto, al art. 9.8, en tanto no se modifique por este legislador dicho sistema. Esta sería la sola interpretación respetuosa con la decisión del legislador español de resolver los conflictos de leyes internos por las mismas reglas que las aplicables a los internacionales.

30. Ahora bien, en esta línea, se ha querido ver un cierto cambio en la que sería la supuesta voluntad de origen del legislador español cuando, dejando inalterado el art. 16.1 Cc, ha decidido modificar la redacción de algunas de las normas del Capítulo IV del T.P del Código, en concreto, el art. 9 apart. 4, 6 y 7, tal como se dispone en el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia²², incorporando así en este Capítulo, por referencia, las normas de conflicto de fuente internacional del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños²³, aplicables al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, al ejercicio de la responsabilidad parental y a la protección de menores (art. 9, apart. 4 y 6) así como del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos o texto legal que lo sustituya, relativas a los alimentos entre parientes (art. 9, apart. 7). De esta nueva redacción de los preceptos citados del Cc se deduce que, ahora, estas normas de fuente internacional convencional se aplicarán también a los conflictos de leyes interregionales, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 16.1 del Código, restableciéndose así la identidad de soluciones querida por el legislador español²⁴.

3. Valoración crítica desde una perspectiva dinámica

31. La posición considerada “estática” es poco convincente porque reposa, a mi entender, en una interpretación del art. 16.1 que conduce a una petrificación injustificada, en el tiempo, del Capítulo IV del TP del Cc.

²¹ Entre otros autores, ZABALO ESCUDERO, E., “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ, (Coordinadores), *Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 900-912. Id, “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”. *Bitácora Millennium DIPr*. Nº 3 2016, p. 1-17; L. PRATS ALBENTOSA, “La remisión a ordenamientos plurilegislativos en materia sucesoria”, en R. VIÑAS y GARRIGA, (coords.): *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 154-155; P. RODRIGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. nº 27, junio 2014, pp. 5-6.

²² BOEnº. 180, de 29/07/2015.

²³ BOE nº 291, de 2-12-2010

²⁴ E. ZABALO ESCUDERO, a quien le parece que el legislador “olvidó que dichas soluciones conflictuales están llamadas a operar también en la solución de los conflictos internos por obra del principio de remisión”. “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DIpr*. Revista 3. 2016, p. 8-9.

32. Es obvio que la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento rompe, en particular, con la unidad de fuentes y, en buena medida, con aquella coordinación de soluciones, pero estas son cuestiones cuyos efectos pudo resolver el legislador español, y solo él, (que, hasta la entrada en aplicación del Reglamento, contó con un amplio plazo para ello) y que podría y debería hacerlo sin más tardanza; no me parece acertado entender que el problema queda resuelto sobre la base de una interpretación doctrinal que ignora o no atribuye efecto alguno a la defunción del art. 9.8 Cc o a la que se producirá, el 29 de enero de 2019, de sus apartados 2 y 3 en cuanto al régimen económico matrimonial. Por otra parte, esta técnica encierra, en sí misma, su propia crítica : no solo pone de relieve el puro formalismo del argumento sino que, a través de una falsa recuperación de la unidad de fuentes, mantiene la descoordinación de soluciones.

33. Desde esta perspectiva, conviene aclarar cuál es el ámbito del art. 36 del propio Reglamento, puesto que una cosa es que éste no entre en juego en el caso de los conflictos de leyes internos en un Estado plurilegislativo porque se considere que en ellos no se suscita ninguna cuestión de D.i.privado, y otra, bien distinta, que la aplicación de la ley de tal Estado sea el resultado del juego de las reglas de conflicto del Reglamento, en cuyo caso, el “conflicto” interno sigue y es consecuencia accesoria del internacional, pudiendo entrar el Reglamento a señalar el modo o la vía de localización de la ley definitivamente aplicable, como así resulta tanto en los dos Reglamentos aquí estudiados como en los ya citados Reglamentos 593/2008 (Roma I) y 864/2007 (Roma II) que, como es sabido, dan una solución directa, ignorando, o más bien, dejando sin efecto, las reglas de conflicto de leyes interregionales que pudieran existir en los Estados miembros en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales, o también en el Reglamento 1259/2010 (Roma III), sobre la ley aplicable al divorcio y la separación, que cuenta en su art. 14 con soluciones de remisión directa e indirecta en función de la conexión aplicada, no obstante el hecho de que los tres instrumentos contienen la misma disposición que la del art. 38 del Reglamento de sucesiones.

34. El legislador español hubiera podido cambiar la conexión en materia sucesoria cuando podía ejercer la competencia para ello, por ejemplo, la nacionalidad por la residencia habitual, sin que se planteara problema alguno, debiendo necesariamente adaptar el sistema conflictual interregional a la nueva conexión. Al menos desde la adopción del Reglamento 650/2012, ya no puede modificar la regla de conflicto aplicable porque ha transferido el ejercicio de esa competencia a la UE, que si lo ha hecho. No se entiende la razón por la que el cambio del art. 9.8, hecho por quien podía hacerlo antes, afectaría a toda suerte de conflicto de leyes en este caso, pero ahora permanecería intocado para los internos, a pesar de haber sido modificado también por quien ha podido hacerlo. La justificación consistente en acudir al art. 38 del Reglamento es situarse en un plano, en mi opinión, equivocado, que en nada convence por las razones antes expuestas.

35. Por otra parte, entender que la previsión que establece el art. 16.1.Cc de que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, deben resolverse única y exclusivamente por aplicación de las normas contenidas en el Capítulo IV (del TP) combinado con la idea de que estas normas, a los efectos de los conflictos interregionales, y puesto que éstos corresponden a la competencia del legislador nacional, no son otras que las dictadas literal y expresamente por éste a tales efectos, con exclusión de las normas de conflicto de fuente internacional, que serían solo aplicables para los conflictos con algún elemento de extranjería, es enjaular los conflictos de leyes internos en normas que, por vetustas y parciales, ya no responden a la realidad de las relaciones privadas internacionales de la actualidad, a la par que se atribuye a la simple ubicación sistemática de las normas de conflicto, de un efecto y significado carentes de sentido²⁵. El mencionado Capítulo IV se denomina “Normas de Derecho Internacional Privado” y es evidente que tales normas no son solo las que están recogidas en él, así que, según esta interpretación, las ubicadas en otros Títulos del Cc, por ejemplo los arts. 49 y 50, o el 107 (aunque en este último pueda argumentarse que ya viene citado en el art. 9.2

²⁵ S.SANCHEZ LORENZO: “La aplicación de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. XLV (1993) 1, p. 139.

in fine, aunque también sea una norma liquidada, salvo para la nulidad matrimonial, por el Reglamento Roma III), o en otros cuerpos legales, por ejemplo, el art. 10 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, serían irrelevantes y no tendrían efecto alguno sobre los conflictos interregionales.

36. Es evidente que, a la pregunta ¿cuál es la regla de conflicto de leyes del Derecho español en materia de sucesiones *mortis causa*?, la respuesta es obvia: la establecida por el Reglamento (UE) 650/2012. La ley personal correspondiente a las personas físicas en materia sucesoria ya no es la determinada exclusivamente por su nacionalidad, como quiere el art. 9.1 Cc, porque esta regla ha sido eliminada por el Reglamento, al igual que el apartado 8 de dicho artículo. El art. 16.1, así como su motivación, se refiere, ante todo, a las *materias* reguladas por las normas de dicho Capítulo y es la norma vigente que en cada momento regula esa materia la que debe trasladarse a los conflictos internos.

37. Por ello mismo, no podemos sumarnos a una interpretación de las decisiones del legislador, que, de entrada, contribuyen a la confusión del operador jurídico. El hecho de que el Convenio de La Haya de 19-10-1996 y el Protocolo de La Haya de 23-11-2007 aparezcan citados en el art. 9, apart. 4, 6 y 7 Cc no añade absolutamente nada a su aplicación obligatoria a las materias que regulan o, en otros términos, ambos instrumentos serían igualmente vinculantes aun cuando no se mencionaran en el art. 9 Cc. La fuente de su obligatoriedad y aplicación no viene, obviamente, del hecho de que se citen en esas disposiciones del Código civil, ni los transforman en fuente interna. El protocolo de La Haya ni siquiera ha sido negociado ni ratificado por España, sin que por ello deje de ser vinculante, por mor de su aprobación por la UE, exclusivamente competente para ello, y del mandato del art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009. Aun cuando se estime que la cita de estos instrumentos en el art. 9 Cc es a los solos efectos de declarar su aplicación en los conflictos internos, la supuesta vuelta a la unidad de soluciones –que no a la coordinación de reglas y a la coherencia resultante de la unidad de fuentes, unidad que tampoco existe– se habría conseguido por medio de la confusión de fuentes que, además, haría impracticable, en la mayoría de supuestos, la aplicación del art. 16.1, por cuanto la residencia habitual, y no la nacionalidad, es la conexión principal y objetiva en estas materias. Si en verdad esta fuese la vía elegida por el legislador español para resolver el problema de la determinación de la ley aplicable entre las diferentes leyes españolas, no habría hecho más que complicarlo. Y aun quedaría por dar respuesta coherente a la pregunta de por qué sí en estas materias y no en las sucesiones.

38. En cualquier caso, la “foto fija” solo contemplaría claramente el caso de los españoles. En otras palabras, el art. 9.8 Cc permanecería en vigor cuando, siendo aplicable, en virtud del Reglamento, la ley española, se tratara de causantes españoles, debiendo localizarse el régimen sucesorio aplicable, el civil común o uno de los forales.

39. Ahora bien, quedaría por explicar de qué modo el art. 9.8 Cc se aplicaría a los conflictos internos en situaciones en las que la ley española ha sido designada en virtud de la residencia habitual del causante español o, incluso, excepcionalmente, por la conexión de los vínculos manifiestamente más estrechos (art. 21.2) cuando ninguna de esas conexiones puede sustituirse, en la previsión del art. 16.1 Cc, por la vecindad civil.

40. Conscientes del problema en relación con los extranjeros que fallecen teniendo residencia habitual en España sin elegir la ley de su nacionalidad, pues la aplicación del art. 9.8 Cc en relación con el art. 16.1.1º, conduciría a la aplicación de la ley de la vecindad civil, de la que éstos carecen, se ha propuesto, ya sea la aplicación, por analogía, del art. 9.10 Cc, en sustitución del art. 9.8, considerando que se trata de un supuesto análogo al de carencia o al de indeterminación de la nacionalidad, en este caso de la vecindad civil,²⁶ ya que la solución más conveniente estribaría en la aplicación del art. 36.2

²⁶ CARRASCOSA GONZALEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granada. Comares, pp. 267-268; FONT I SEGURA, A., “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. CALVO VIDAL (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, pp.114-115, citado por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *op.cit.* p. 17, nota 21.

del Reglamento, debiendo entender por “A falta de tales normas”, el caso de los extranjeros porque, en efecto, para éstos no existe una normativa aplicable puesto que el sistema interregional se creó solo para los españoles, lo que llevaría a aplicar la ley –civil común o foral– en función de la unidad territorial en la que tuvieran su residencia habitual.

41. La primera propuesta, además de que se trata de aplicar por analogía, una disposición eliminada, el art. 9.10, en materia de sucesiones y de régimen económico matrimonial, por sus respectivos Reglamentos, lleva a decir, por mucha aplicación analógica que se pretenda, que a un causante extranjero, por su condición de extranjero, en posesión de una nacionalidad en nada indeterminada, aún menos si es un ciudadano de la Unión, protegido por la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE) se le va a asignar directamente, en sustitución de la conexión “vecindad civil”, la de su residencia habitual, sin que se vea la necesidad de recurrir a esta ficción, como no sea a los solos efectos de justificar que el sistema interno español, al que remite el Reglamento, tiene también respuesta para estos casos.

42. La otra propuesta de solución, considero que, en sí misma, es la más acertada por coherente y la que se impone, más allá de que el resultado sea el mismo que con la anterior²⁷. También es la interpretación aplicada por la DGRN en su Resolución de 29-7-2015²⁸ y en la de 10-4-2017²⁹.

43. Por otra parte, la visión de “foto fija” del sistema interno, no tiene solución en el supuesto, por ejemplo, de un causante español con residencia habitual en España y bienes en el extranjero. El Reglamento es aplicable porque la situación tiene un elemento de extranjería. El tribunal español es competente por el art. 4 del Reglamento y la ley aplicable la española por su art. 21.1, en ambos casos, por la conexión residencia habitual. El problema se crea cuando se pretende la pervivencia del art. 9.8 Cc. y la petrificación en el tiempo del art. 16.1 con el argumento de que el Reglamento no puede entrar a regular los conflictos de leyes internos; en primer lugar, olvida que estamos ante una sucesión internacional que no puede tratarse como un asunto puramente interno, y desconoce la evidencia porque, siendo aplicable el Reglamento, lo es su art. 36, que determina la vía por la que debe localizarse la ley definitivamente aplicable que, aunque remite a las normas internas, no por eso transforma la sucesión internacional en interna, a más de que el precepto podría haber dispuesto otra solución, directa como la propuesta en su momento por la Comisión o la establecida en los Reglamentos Roma I y II o, la más elaborada, del Reglamento Roma III y, en segundo lugar, no tiene solución para este caso porque, aun asumiendo el supuesto de petrificación de los arts. 9.8 y 16.1 Cc, la aplicación de la ley española no lo es en razón de la ley personal del causante, su ley nacional, como exige esa disposición en relación con el art. 9.1 C.c, que ha sido igualmente eliminado en lo que se refiere a las sucesiones y a los regímenes económicos matrimoniales, pero que, por razón de encontrarse en el Título Preliminar del Código, también quedaría petrificado para los conflictos interregionales, dándose así la inesperada y sorprendente situación por la que, en la sucesión del mismo causante español, la ley española se aplicaría en razón de la conexión residencia habitual, que quedaría transmutada, por extraño proceso alquímico, en conexión “nacionalidad/vecindad civil” a efectos de localizar cual es la ley, común o foral, aplicable. Ese causante español, tendría como ley personal la de su nacionalidad en los conflictos de leyes internos, incluso derivados de una sucesión internacional y la de su residencia habitual para los internacionales. No obstante, aun cuando, como ave fénix, el art. 9.8 hubiera revivido de sus cenizas, no podría aplicarse porque la ley española, a falta de proceso de transmutación, ha sido designada en virtud del factor de conexión “residencia habitual” del causante, que es ahora la norma de conflicto española objetiva que rige la sucesión en este caso.

²⁷ Es la opción preferida por P. QUINZÁ REDONDO y G. CHISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *InDret*. 3. 2013, pp.19-20.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, op.cit, pp. 17.; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Article 36”, en A-L CALVO CARAVACA, A. DAVÍ and H-P MANSSEL (Ed), *The EU Successions Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press. 2016, p.525.

²⁸ BOE nº 234 de 30-9-2015, punto V.3 : “Dejando al margen que el Estado, a día de hoy, no haya desarrollado normas de conflicto internas para los no españoles, lo que constituye una laguna legal en la aplicación de la normativa internacional (artículos 36 del Reglamento [UE]) número 650/2012...”

²⁹ BOE nº 99 de 26-4-2017, punto IV.5-6 : la aplicación de la ley española - el Derecho civil común - a la sucesión de un causante extranjero con residencia habitual en la Comunidad Valenciana, se justifica en virtud del art. 36.2 del Reglamento.

44. En estos supuestos, la solución razonable desde la perspectiva que aquí se defiende, sería la de considerar, como en el caso de los extranjeros, que, no habiendo respuesta de la regla interna, o no estando incluida la situación en ella, debe ser llamada, para determinar la ley aplicable –común o foral– la ley de la unidad territorial de la residencia habitual del causante, de conformidad con el art. 36.2 del Reglamento.

45. En realidad, en esta situación de cambio, el legislador español debería haber abordado ya la modificación del sistema de conexiones para resolver los conflictos entre el Derecho civil común y los forales o entre éstos, normas adoptadas en tiempos en los que las circunstancias eran bien distintas a las actuales en España, en el mundo del comercio jurídico internacional, de la globalización y de la pertenencia a la UE, para ajustarlas a estas nuevas realidades³⁰.

46. Cuando el art. 16.1, sucesor del art. 14 en la primera redacción del Código civil, que, como hemos visto anteriormente, de forma consciente y motivada, ordena la unidad de tratamiento de todos los conflictos de leyes, internos e internacionales, por aplicación de las normas de Derecho internacional privado del Título Preliminar del Cc, no hay otras, en materia de sucesiones *mortis causa* y de régimen económico matrimonial, que las establecidas por el Reglamento correspondiente. Por ello mismo, es consecuentemente razonable entender que este art. 16.1 del Cc, conecta con el art. 38 del Reglamento de sucesiones (y 35 del relativo a los regímenes matrimoniales) en cuanto que, ante la no obligación de aplicar estos instrumentos a los conflictos de leyes exclusivamente internos, expresa la decisión del legislador español, en la actual situación, de extender las soluciones de ambos Reglamentos a los conflictos de leyes que se susciten exclusivamente entre las unidades territoriales con Derecho propio. Si el legislador español no desea mantener la identidad de soluciones en ambos ámbitos, no tiene más que decirlo por medio de una modificación legislativa del art. 16 y, en su caso, del art. 14 Cc. Si pudiendo, no lo dice, ni procede atribuirle esa voluntad no expresada, contraria a la manifestada expresamente, ni podemos situarnos en su lugar interpretando la ley de manera que diga lo contrario de lo que dice, con el argumento del cambio de las circunstancias o de los supuestos parámetros que en su día le inclinaron a establecer tal identidad, tanto más cuanto que solo de él depende el cambio, argumento que está muy próximo al puro juicio de intenciones.

V. Conclusión

47. En conclusión y para finalizar, conviene señalar, por una parte, que, en materia de sucesiones *mortis causa* y de régimen económico matrimonial, el mantenimiento a ultranza de una visión “estática”, de esa “foto fija”, de las normas de conflicto del Capítulo IV del TP del Cc y de la remisión ordenada por su art. 16.1, llevará a resultados imprevistos o poco o nada deseables para un buen número de situaciones de entre las distintas que la realidad de los intereses y particularidades de las personas interesadas puede originar, resultados que, por el contrario, son mucho menos problemáticos aplicando las soluciones de los Reglamentos según la conexión que haya determinado la aplicación de la ley española. Así por ejemplo, cuando la conexión sea la nacionalidad del causante español por haber elegido la aplicación de su ley nacional (art. 22) y el juez nacional sea el competente por la opción que a los interesados permite el art. 5, del Reglamento o, incluso, por reenvío de retorno (art. 34, causante español, con bienes en España, que reside habitualmente en un tercer Estado en donde fallece sin hacer elección de ley y la norma de conflicto de ese Estado rige la sucesión por la ley nacional) la ley civil, común o

³⁰ Modificación ya pedida por la doctrina especializada. Sobre este particular, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: claves para una reforma. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2003, pp. 37-74., A. BORRÁS RODRIGUEZ, “El Derecho interregional: realidades y perspectivas”, en *La codificación del derecho civil de Cataluña*, Madrid 2011, pp. 553- 574., C. PARRA RODRÍGUEZ, “La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma”, en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ, (Coordinadores), *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons 2013, pp. 653-669.

foral, podrá determinarse siguiendo el art. 16.1 y sin necesidad alguna de resucitar el extinto art. 9.8 Cc. Si, en esta situación, fuere competente un tribunal de otro Estado miembro por no haberse ejercido la opción del mencionado art. 5, ese tribunal llegará al mismo resultado siguiendo el art. 36 del Reglamento y, luego, el 16.1 del Cc. Si, por el contrario, el causante español reside habitualmente en España pero posee bienes en otro Estado miembro, tanto la competencia del juez español como la aplicación de la ley española obedece a la conexión residencia habitual, así que difícilmente podría justificarse la aplicación del art. 9.8 y 16.1 del Cc que solo permite la sustitución de la conexión nacionalidad por la vecindad civil. En este supuesto, habría que entender que la situación no está incluida en la norma interna de conflicto de leyes interregional, por lo que debería pasarse a la previsión dispuesta en el art. 36.2 del Reglamento y aplicarse el derecho sucesorio, común o foral, vigente en el territorio de la residencia habitual del causante.

48. Por otra parte, es urgente que el legislador español modifique y actualice el sistema de conflicto de leyes interno con el fin de adaptarlo a la actual dinámica del comercio internacional, de la movilidad de las personas y en un contexto en el que, en la gran parte de las materias de Derecho privado, ya no está en sus manos la decisión sobre cuáles deben ser las reglas de conflicto de leyes en las situaciones y relaciones privadas con elemento de extranjería y teniendo bien presente que, en la actual situación del sistema basado en la conexión nacionalidad, que ordena dar a los puros conflictos interregionales la solución prevista para los internacionales, dicho sistema, y sus resultados, en la interpretación que aquí se predica, se ven, uno y otros, significativamente alterados, pero ocurre lo mismo, si se comparte la posición “estática”, para las materias incluidas en el art. 9, apart. 4, 6 y 7 Cc y ocurriría en otras del Capítulo IV del TP del Cc si sigue aplicando tan confusa y desafortunada técnica.

INTERACTIONS BETWEEN EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF EUROPEAN UNION

INTERACCIONES ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

DIMITRIS LIAKOPOULOS

Full professor of European Union Law in Fletcher School-Tufts University

Full professor in international criminal law and criminal procedural law

in De Haagse Hogeschool-Aja

Attorney at law in New York.

ORCID ID: 0000-0002-1048-6468

Recibido: 08.11.2017 / Aceptado: 04.12.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4123>

Abstract: The present work is concentrated on the analysis of the jurisprudence between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice in the sector of private international law. In particular, it deals with the differences, similarities, influences, impact, etc. in the sector of family law, insolvency and succession according the Regulations and the private international law and last but not least the recognition of sentences by the European Member States.

Key words: European Court of Human Rights, International private law, European Court of Justice, European family law, insolvency, succession.

Resumen: El presente trabajo se concentra en el análisis de la jurisprudencia entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia Europeo en el sector del derecho internacional privado. En particular, aborda las diferencias, similitudes, influencias, impacto, etc., en el sector del derecho de familia, la insolvencia y la sucesión de acuerdo con el Reglamento y el Derecho internacional privado y, por último, el reconocimiento de condenas por parte de los Estados miembros europeos.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado, Tribunal Europeo de Justicia, Derecho de Familia Europeo, insolvencia, sucesión

Summary: I. Introduction. II. European Court of Human Rights, European Court of Justice and private international European law. III. Interpretation of the rules of private international law by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. IV. Recognition, compatibility of EU standards and enforcement of judgments in the case law of the Strasbourg Court. V. Private international law and protection of human rights in situations related to the rule of law of third countries and outside the European Union judicial area. VI. The application of private international law and the effects of the case law of the European Court of Human Rights. VII. Conclusions.

I. Introduction¹

1. Private international law acquires its autonomy with the loss of the unity of roman law and with the need to coexist a plurality of legal systems within the same political order. The search for the congruence of the various rights takes place under two great principles, namely territoriality (*aut unum esse ius, com unum sit imperium*: a State, a right) and personality (*ut totidem fere leges habeantur quam domus*: so many rights, as houses)². But once affirmed the plurality of rights and the right to live according to their own right (*cum ergo ius cuilibet tribuatur, potest Langobardus iure suo uti contra Romanum*)³ there will be a technique to define how to choose applicable law when litigants belong to different rights and habits. This is how the Magister Aldricus claim: $\text{ٲٲ}(\text{ٲٲ})$ eam quae potior et utilior videtur, debet enim iudicari secundum quod melius ei visum fuerit ($\text{ٲٲ}(\text{ٲٲ})$)⁴. The applicability of the law in the present case, for one way and another, is in contact with several local legal systems⁵, up to the thresholds and evolution of modern private, EU and international law⁶.

2. The dream of a *Weltrecht*, formulated by Ernst Zitelmann⁷, over a hundred years ago in the field of private and commercial law, of *Kollisionsrecht*, must be understood as a uniform law and experience over the years and to be compared with sectoral non secondary realizations. There is also a mirage today that it is good to look in the full conscience of the irreconcilability or the ongoing struggle for the future generations of a noble *officium* that will avoid the conflict of divergent norms through coordination: *concordantia discordantium canonum*⁸.

3. On the one hand, the reference to the *ius commune*⁹ recalls the principle of subsidiarity, the elaboration of common legal principles, on which the individual positive ordinances are then grafted.

¹ The present study is updated in doctrine and jurisprudence until December 2017.

² S. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, 1987, pp. 104ss. M. KELLER, K. SIEHR, W. NIEDERER, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, ed. Schulthess Juristische Medien, 1986, pp. 8ss. C. VON BAR, P. MANKNOVSKI, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, 1991, pp. 316ss. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, C.H. BECK, 2004, pp. 456ss. A. BAINHAM, B.A. RWEZAURA, *International survey of family law*, Jordan publishing, 2006. M. BUSSANI, F. WERRO, *European private law: A handbook*, ed. Carolina Academic, 2009. J. BASEDOW, I. MEIER, A. K. SCHNYDER, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, *Private law in the international arena. From national conflict rules towards harmonization and unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, ed. T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 818ss. P. TRUNIGER, *Internationales Privatrecht*, ed. Helbing Lichtenhahn, 2011.

³ P. COURBE, *Droit international privé*, ed. Hachette Supérieur, 2007. R. HÜSSTEGE, A. GANZ, *Internationales Privatrecht*, ed. C.H. Beck, 2013.

⁴ E.M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale*, in *Recueil des Cours de la Haye*, 1934, pp. 544 ss.

⁵ According to Ancel e Lequette: "(...) l'oeuvre de magistrats impregnés, au delà de leur diversité, de ce que Ripert nommait l'esprit juridique c'est-à-dire l'esprit conservateur au sens philosophique du terme. Conscients de l'indispensable permanence de la règle de droit, ils savent qu'un revirement de jurisprudence est une chose grave. Aussi bien en l'opèrent-ils, en général qu'au terme une longue période de maturation ponctuée de signes annonciateurs (...)". B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Note à la sentence de la cour de Cassation du 25.11.1986*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1987, pp. 386ss. The above sentence declared that: "(...) en ne recherchant pas, au besoin d'office, le droit applicable, une cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (...)". See, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, ed. Dalloz, 1987, pp. VI. See in the doctrine also: E. JAYME, *Richterliche Rechtsfortbildung im Internationales Privatrecht*, in *Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristische Fakultät Heidelberg*, Heidelberg, 1986, pp. 568ss. P. HÉBRAUD, *Le juge et la jurisprudence, Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, pp. 334 ss. F. VISCHER, *Der Richter als Gesetzgeber im internationales Privatrecht, Schweiz*, in *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1955, pp. 76ss. M. SPIRO, *L'influence du code civil dans le monde*, ed. Pedone, 1954, pp. 306ss. J. PIRRUNG, *Internationales Privat-un Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR*, ed. Bundesanzeiger, 1988. M. SPIRO, *The incidence of time in the conflict of laws*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1960, pp. 358ss. R.C. THÜMMEL, *Das internationale Privatrecht der nichtelichen Kindschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, ed. Dunckler & Humblot, 1983, pp. 172ss.

⁶ E. JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1982, pp. 10ss. L. MCDUGAL, *Codification of choice of law: A critique of the recent european trend*, in *Tulane Law Review*, 1981, pp. 115ss.

⁷ E. ZITELMAN, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, C.H. Beck, 1988, pp. 12ss.

⁸ B. ANCEL, *Eléments d'histoire du droit international privé*, ed. Pantheon Asses Paris II, 2017.

⁹ E. VAN SCHAGEN, *The development of european private law in a multilevel legal order. Ius commune europeaeum*, ed. Intersentia, 2016.

On the other hand, it is the position of those who see in the uniformization of the law the result of an interpretative and scientific effort rather than a legislative act, namely, unification of doctrinal as an alternative *zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung*¹⁰, leaving, in the end, a third articulation that tends to match the effort to align with European law¹¹, *rectius* community in the fear of wanting to embrace too much in the planetary perspective. The study and the way of European unification of law goes through the formation of structures, organs, and of our society that evolves versus profoundly unified concepts and models¹². Another debate is always open between the standard and its interpretation by operators with *iurisdictio*. The experience of the central function of the European Court of Justice in training in the daily growth of the sense of European law is paradigmatic and at the same time an actual choice of applicable law¹³. Beyond the unification of the principles, we remain conditioned by the presence of systems of private international law, continuing to have to determine the appropriate order for a specific case to choose the applicable law.

II. European Court of Human Rights, European Court of Justice and private international European law

4. The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) has shown not only the possibility of taking into account but also the verification and application of rules on private international law by opening a debate mainly in the area of the public order clause¹⁴ and not only to include violations of the protection of exogenous values (the European Convention on Human Rights or the primary law of the European Union (EU))¹⁵ or endogenous (of constitutional order)¹⁶ or the acceptance of the notion of public order that does not take in consideration different or larger values than those obtained by Court order¹⁷. The European Court could deal with the compatibility of private international

¹⁰ P. HOMMELHOFF, W. JAYME, W. MANGOLD (a cura di), *Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, L. Müller Publishers, 1995.

¹¹ R. SCHULZE, M. ZULEEG, S. KADELBACH, *Europarecht*, ed. Nomos, 2015. A. MAC ELEAVY FIORINI, *Qu'y a-t-il en un nom? - Un vrai code pour le droit international privé européen*, in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, ed. Peter Lang, 2011, pp. 28ss.

¹² W. ODESKY, *Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1994, pp. 1ss. B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law: A new source of inspiration?*, ed. Routledge, 2012, pp. 138ss.

¹³ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, ed. Bruylant, 2017. J. PIRRUNG, *European Court of Justice*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of European private law*, Oxford University Press, 2012. T. AZZI, *La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire*, in *Les relations privées internationales-Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, ed. L.G.D.J., 2014, pp. 44ss. I. BARRIÈRE BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *Journal du Droit*, 2010, pp. 4ss. R. BIEBER, A. EPINEY, M. HAAG, M. KOTZUR, *Europarecht*, ed. Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2017, pp. 167ss.

¹⁴ C.J. ZELADA, A. GURMENDI DUNKEL BERG, *Entre el escudo y la espada: El matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos*, in *Themis Revista de Derecho*, 2016, pp. 260ss.

¹⁵ H.W. MICKLITZ, C. SIEBURGH (eds.), *Primary EU law and private law concepts*, ed. Intersentia, 2017.

¹⁶ C. GRABENWARTER, *The European Convention on Human Rights: Inherent constitutional tendencies and the role of the European Court of Human Rights*, in *ELTE Law Journal*, 2014, pp. 105ss.

¹⁷ M. FORTEAU, *L'ordre public "transnational" ou réellement international: l'ordre public face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public*, in *Journal du Droit International*, 2011, pp. 3 ss. S. SAASTAMOINEN, *The European private international law and the Charter of fundamental rights in a commitment of private international law. Essays in honour of Hans Van Loon*, ed. Intersentia, 2013, pp. 505ss. J. HERRING, *Family law*, ed. Pearson, 2015, pp. 546ss. J.M. SCHERPE, *European family law*, vol. I., Edward Elgar Publishing, 2016. R. GEIMER, *Der Ordre Public atténué de la reconnaissance im Adoptionsrecht*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, pp. 498ss. P. VILAS, *Public policy in private international law and its continuing importance*, in Permanent Bureau Of The Hague Conference On Private International Law (eds.), *A commitment to private international law*, ed. Intersentia, 2013, pp. 623ss. J. BASEDOW, *Zuständigkeits derogation, Eingriffsnormen und ordre public*, in P. MANKOWSKI, W. WURMNEST, *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier European Law Publishers, 2015. C. VILLARROEL BARRIENTOS, G. VILLARROEL BARRIENTOS, *Derecho internacional privado*, ed. Juridica de Chile, 2016. C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Determinación de la jurisdicción y acceso a la justicia, El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP-Ed. Mizrahi & Pujol S.A., 2015, pp. 147ss. C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *El acceso a la justicia como derecho humano a ser garantido por el derecho internacional privado, El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de*

law rules with human rights¹⁸ but the problem is whether such rules are subject to union, despite their instrumental character to the right to apply to the concrete case¹⁹. The union of the European Court could have the fundamental values that can be obtained regionally and universally²⁰. This verification could be considered to be an intrinsic value to the same private international law²¹, finalized as it is to transpose the rules of foreign law with a view to opening to external values to the national reality²². It is necessary to understand and identify if general directional lines exist for the construction of a system of private international law based on fundamental rights autonomously or not²³, and how to structure the link criteria that respond to you independently of the content of the law you have identified²⁴. These are the essential principles common to the various ordinances which, while being detected by the judge from the particular angle of view of the State community to which they belong, express basic standards that constitute the minimum of civilization considered essential to the common life of peoples, principles directed at the protection of that fundamental interest of ethical and social nature, greater participation of individual States in the life of the community of peoples, and the question of whether this function is

la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, T. I, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, pp. 113ss. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, ed. Economica, 2013. O. CACHARD, *Droit international privé*, ed. Larcier, 2014. J.P. LABORDE, S. SANA-CHAILLÉ DE NÈRE, *Droit international privé*, ed. Dalloz, 2014. P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, Issy-les-Moulineaux*, ed. L.G.D.J., 2014. C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Orden Público internacional y derechos humanos en el derecho internacional privado de familia*, in *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2014, pp. 113-125. A. A. MEZGRAVIS, *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitralidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina, en Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, la Convención de NY 50 años después*, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2009, pp. 3ss. G. RÜHL, *Bessere und intelligente Rechtssetzung: Die Evaluation von Verordnungen zum Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2016, 500ss. D. LIAKOPOULOS, *La volonté de la Cour de justice de privilégier la Convention européenne des droits de l'homme dans sa protection des droits fondamentaux*, in *International and European Union Legal Matters, working paper series*, 2012. J. PILORGE-VRANCKEN, *Le droit de la fonction publique de l'Union européenne*, ed. Bruylant, 2017.

¹⁸ See, M. ARDEN, *Human rights and european law. Building new legal orders*, Oxford University Press, 2015. T. SCHRÖDER, *Folgenabschätzung als Element der Gesetzgebung der Europäischen Union-Maßstab für die Zweckmäßigkeit oder Gegenstand gerichtlicher Kontrolle?*, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2013, pp. 225ss. B. ULRICI, *Aktuelle Entwicklungen des Europäischen Mahnverfahrens*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2016, pp. 370ss. J. MEYER-LADEWIG, *Europäische Menschenrechtskonvention. A Handkommentar*, ed. C.H. Beck & Nomos, 2017. R. RAVASI, *Human rights protection by the ECtHR and the ECJ. A comparative analysis in light of the equivalence doctrine*, ed. Brill, 2017. D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, ed. Bruylant, 2015. S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine*, ed. Pedone, 2013. J. F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, ed. L.G.D.J., 2012.

¹⁹ P. MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, pp. 651ss. H. FUCHIRON, *Droits fondamentaux et règles de droit international privé: Conflits de droits, conflits de logiques?*, in F. SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, ed. Anthemis, 2002, pp. 358ss. O. O. CHEREDNYCHENKO, *The harmonisation of contract law in Europe by means of the horizontal effect of fundamental rights?*, in *Erasmus Law Review*, 2007, pp. 40ss. D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, pp. 479ss. A. COLOMBI CIACCHI, *European fundamental rights, private law and judicial governance*, in H.W. MICKLITZ (eds.), *Constitutionalisation of european private law*, Oxford University Press, 2014, pp. 110ss. C. HERRESTHAL, *Grundrechtecharta und Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, pp. 238ss. J.P. JACQUÈ, *The Charter of Fundamental Rights and the Court of Justice of the European Union: A first assessment of the interpretation of the Charter's horizontal provisions*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (a cura di), *The EU after Lisbon*, ed. Springer, 2014, pp. 138ss. P. KINSCH, *Droit de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2005, pp. 9ss.

²⁰ O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, european private law and financial service*, in H. MICKLITZ, *Constitutionalisation of european private law*, Oxford University Press, 2014, pp. 210ss. S. TOUZÉ, *Droit international privé et droits fondamentaux*, in *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013, pp. 346ss.

²¹ N. JANSÉN, *European private law*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of european private law*, Oxford University Press, 2012.

²² D. EARL CHILDRESS III, *Rethinking legal globalization: The case of transnational personal jurisdiction*, in *William & Mary Law Review*, 2013, pp. 1493ss.

²³ In particular see: F.J. ZAMORA CABOT, *Derecho internacional privado y derechos humanos en el ambito europeo, Papeles el tiempo de los derechos*, HURI-AGE, Consolider-Ingenio. 2010. A. DOAMARAL JÏNIOT, L. KLEIN VIERA, *El Derecho Internacional Privado y sus Desafíos en la Actualidad*, Grupo Editorial Ibañez, 2016, pp. 537ss. R. ARNOLD, *The universalism of human rights*, ed. Springer, 2013.

²⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *The unification of private international law in Europe: A success story?*, in K. BOLLE-WOELKI, J. MILES, J.M. SCHERPE (eds.), *The future of family property in Europe*, ed. Intersentia, 2011, pp. 330ss.

distinct or not from the traditionally negative one that this limit does when it is intended to preserve the inner harmony of the hole sorting²⁵.

5. The process of coding the uniform rules initiated by the European Court of Human Rights and private International Law through the Hague Conference at a universal and regional level²⁶ by the European Union demonstrates the progressive abolition of the legal frontiers in sight of interests of voluntary unification²⁷ among States, to overcome national selfishness by giving greater protection to human rights²⁸.

6. The European Court's audit extended the way in which EU rules on private international law were applied²⁹. The obligation of verification has focused on the guarantees of fundamental rights³⁰ and the objectives of the European area of justice³¹. There has so far been no explicit statement by the ECtHR on the way in which the rules of private international law adopted by the European Union³².

7. Obviously, the adoption of the Charter of Fundamental Rights has helped establish the rules in the area of justice in a more break thinking perspective and protection which emphasizes the priority to be given to human rights³³. This could reduce the risk of a possible contraction between the EU and ECtHR

²⁵ See, J. DOLINGER, *World public policy, real international public policy in the conflict of laws*, in *Texas International Law Journal*, 1982, pp. 168ss. M.s.a. Wahab, *Cultural globalisation and public policy: Exclusion of foreign law*, in M. Freeman, *The global village. Law and sociology: Current legal issues*, Oxford University Press, 2005, pp. 360ss. A. Mills, *The dimension of public policy in private international law*, in *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 222ss.

²⁶ H. VAN LOON, *At the cross-roads of public and private international law. The Hague Conference on Private International Law and its work*, in C. J. Cheng, *Collected courses of the Xiamen Academy of International Law*, ed. Brill, 2017, pp. 28ss.

²⁷ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe: A historical perspective*, ed. Intersentia, 2006, pp. 46ss. M. HARDING, *The harmonisation of private international law in Europe: Taking the character out of family law?*, in *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 204ss

²⁸ J. D'OLIVEIRA, *The EU and a metamorphosis of private international law*, in J. FAWCETT, *Reform and development of private international law. Essays in honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, 2002, pp. 112ss. C. MCGLYNN, *Challenging the European harmonisation of family law: Perspectives on the family*, in K. BOELE-WOELKI, *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe*, ed. Intersentia, 2003, pp. 220ss. G.P. ROMANO, *Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice*, in *Revue Trimestrielle de Droit International*, 2012, pp. 59ss. A. LAQUER ESTIN, *International family law*, Edward Elgar Publishing, 2016. C. GAUTIER, D. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européens des droits de l'homme*, ed. Sirey, 2016. C. BLANC-FILLY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, ed. Bruylant, 2016. S. SMET, E. BREMS, *When human rights clash at the European Court of Human Rights. Conflict or harmony?*, Oxford University Press, 2017.

²⁹ See, T. WILHELMSSON, *The contract law acquis: Towards more coherence through generalisation?*, in A.A.V.V., *Sammelband, Europäischer Juristentag*, Manz Verlag, 2008, pp. 112ss. E.B. CRAWFORD, J.M. CARRUTHERS, *Connection and coherence between and among European instruments in the private international law of obligations*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 4ss. J. VON HEIN, G. RÜHL (eds), *Kohärenz im europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, ed. Mohr Siebeck, 2015, pp. 40ss. D. WIEDEMANN, *Convergence and divergence in the EU's judicial cooperation in civil matters: Pleading for a consolidation through a uniform European conflict's codification*, in *Max Planck Private Law Research Paper No 15/14*, 2015. J. BASEDOW, *Kodifizierung des europäischen Internationalen Privatrechts*, in *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, pp. 673ss. S. SANA-CHAILLE DE NÉRÉ, *Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers*, ed. LexisNexis, 2009. P. LAGARDE, D. CARREAU, H. SYNDET, *Droit international privé et droit de l'UE*, ed. Dalloz, 2017. M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO, *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, ed. Pedone, 2013.

³⁰ S. PAIS OLIVEIRA, *The protection of fundamental rights in Europe*, in I. ILIOPOULOS-STRANGAS, V. PEREIRA DA SILVA, M. POTACS (eds.), *The accession of the European Union to the ECtHR*, ed. Nomos, 2013, pp. 97ss.

³¹ See in argument: M. FLETCHER, E. HERLIN-KERNELL, C. MATERA, *The European Union as an area of freedom, security and justice*, ed. Routledge, 2016. S. WOLFF, *The rule of law in the area of freedom, security and justice: Monitoring at home what the European Union preaches abroad*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2013, pp. 120ss. M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht Law Review*, 2011, pp. 76ss. M. DOUCHY-OUODOT, *Espace judiciaire civil européen*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2010, pp. 422ss. S. POILLOT-PERUZZETTO, *Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 2010, pp. 4ss.

³² J.S. BERGÉ, M. GARDENES SANTIAGO, S. FRANCO, *Boundaries of European private international law*, ed. Bruylant, 2015.

³³ P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, *Conflicts of EU Courts on child abduction: The reality of article 11 (6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 212ss. L.J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and unilateral relocations by custodial parents: A perspective from the United States and Europe: Abbott, Neulinger, Zarraga*, in *Oklahoma Law Review*, 2017, pp. 735ss. According to the author: "(...) the European Court of Human Rights has become an intrusive and undermining force in the efforts to remedy international parental child abduction. As noted earlier, in both Neulinger and Rabin, the Court of Human Rights misconstrued the Convention in various ways and created a sub-

guidelines on the compatibility of EU rules on private international law³⁴. In essence, this is a derogation from the rules to which private international law refers and allows the interpretation to avoid more complex remedies, such as the involvement of other national Courts at the constitutional or legitimate level³⁵.

8. In the case of *Negrepontis Giannisis v. Greece* on 3 May 2011, the European Court assessed negatively the failure to recognize a status acquired abroad, based on the limit of public order³⁶, considering it to be susceptible to have a negative impact with respect to another principle, that of the protection of family life as art. 8 ECHR, considered by the ruling Court "(...) with respect to religious values which, according to the Greek judge, should have prevented the recognition of the adopted relationship established in the US by an orthodox monk (...)"³⁷. We could say that the ECHR had a very broad material scope, meaning that it covered many aspects of life. Subsequently, the Convention developed mostly through case-law, in particular through the European Court of Human Rights doctrine of the Convention as a "living instrument" which must be interpreted in the light of present-day conditions. This means that much could be achieved through interpretation, making formal amendments to the ECHR or the adoption of new conventions unnecessary in many areas³⁸.

9. The same Court of Justice in *Georgios Orfanopoulos and Others and Raffaele Oliveri v. Land Baden Württemberg* joined Cases C-482/01 and C-493/91 of 29 April 2004 is referred to "(...) the protection of the family life of EU citizens in order to remove obstacles to the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty. In particular, it is common ground that the exclusion of a person from a country where his or her relatives live can be an interference in the right to respect the family life as foreseen by art. 8, n.1 of the Convention, which is part of the fundamental rights which, according to

stantive "best interests of the child" overlay without regard to the important private international law principle in the Convention that the appropriate Court to make that "best interests" assessment is that of the State of the original habitual residence. That is not to ignore the extreme case where return should not be ordered, but the basic architecture of the Convention is sound and should not be altered (...)" H. DJARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, C. H. Beck, 2016. L. COUTRON, C. PICAL, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, ed. Bruylant, 2012. J. MEYER, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2014, pp. 189ss.

³⁴ D. COESTER-WALTJEN, *The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law*, in J.M. SCHERPE, *European family law*, vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 49ss.

³⁵ P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2005, pp. 206ss. L. FUMAGALLI, *EC private international law and the public policy exception. Modern features of a traditional concept*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, pp. 172ss.

³⁶ See the case from the Court of Justice: *Nickel & Goeldner Spedition GmbH v. Kintra AB* C-157/13 of 4 September 2014.

³⁷ The European Court of Human Rights for first time was decided for the law of family based on art. 8 of the ECHR in the case: *Marckx v. Belgium* of 13 June 1979, par. 1 and *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* of 25 January 2007, par. 31; *X. v. Austria* of 19 February 2013, the ECtHR: "(...) observing that, in contrast to the comparison with a married couple, it has not been argued that a special legal status exists which would distinguish an unmarried heterosexual couple from a same-sex couple. Indeed, the Government did not dispute that the situations were comparable, conceding that, in personal terms, same-sex couples could in principle be as suitable or unsuitable for adoption, including second-parent adoption, as different-sex couples (...) the applicants, who wished to create a legal relationship between the first and second applicants, were in a relevantly similar situation to a different-sex couple in which one partner wished to adopt the other partner's child (...)". *Fabris v. France* of 7 February 2013. See in argument: W. PINTENS, J.M. SCHERPE, *The Marckx case: A while code of family law*, in S. GILMORE, J. HERRING, R. PROBERT, *Landmark cases in family law*, Hart Publishing, 2011, pp. 158ss. C.J. FORDER, *Legal protection under art. 8: Marckx and beyond*, in *Netherlands International Law Review*, 1990, pp. 166ss. In the same spirit see the next cases: *Keegan v. Iceland* of 16 May 1994; *Airey v. Ireland* of 9 October 1979; *Rozanski v. Poland* of 18 May 2006; *Zaunegger v. Germany* of 3 December 2009; *Schalk and Kopf v. Austria* of 21 December 2010. See in particular: E. BRIBOSIA, I. RRORIVE, L. VAN DEN EYNDE, *Same-sex marriage: Building an argument before the European Court of Human Rights in light of the US experience*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2014, pp. 5ss. L. SARAH, L. COOPER, *A review of the concurrent debates about the legal recognition of same-sex relationships in the Council of Europe and the United States*, in *Phoenix Law Review*, 2011, pp. 42ss. G. WILLEMS, *La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Mariage et conjugalité, parenté et parentalité*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2013, pp. 68ss. *Pakhomova v. Russia* of 24 October 2013; *Burden v. United Kingdom* of 29 April 2008; *D.H. and others v. The Czech Republic* of 13 November 2007. See in argument: J.S. BERGE, *La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé*, in *Droit International Privé*, 2008, pp. 43ss. P. FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, pp. 612ss.

³⁸ J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo*, eds. Tirant lo Blanch, 2012.

settled case law of the Court, are protected in the community legal order (...)”³⁹. Thus, the impossibility of “unification” of a solid and permanent family status creates an obstacle to freedom of movement, even if the European citizen must feel unprotected and weakened by rights and prerogatives recognized by him in matters of family law by domestic law⁴⁰ and from the State of origin in the event that such status is relevant as an attribute of subjective rights of European origin⁴¹. In the case of *Johansen v. Norway* of 7 August 1996, the European Court based on art. 8 of the Convention has declared the issuance of the ablative measure of parental authority⁴² but in the abolition of mother's rights of access, the restrictions on family life should not be such as to break the relationship, as they are foreseen as temporary, and must be suspended when the situation that has determined them ceases⁴³. In the judgment of *B. v. United*

³⁹ See from the ECtHR: *Von Hannover v. Germany* of 7 February 2012. C. HUGON, *Le titre exécutoire européen à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in M. TOUCHY-PUDOT, E. GUINCHARD, *La justice civile européenne en marche*, ed. Dalloz, 2012, pp. 132ss.

⁴⁰ J.F. SAGAUT, M. CAGNIART, *La légitimité du droit communautaire en droit international privé de la famille*, in *Droit et Patrimoine*, 2005, pp. 24ss.

⁴¹ H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *The EU and a metamorphosis of private international law*, in J. FAWCETT, *Reform and development of private international law. Essays in honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, 2002, pp. 112ss. D. MARTINY, *European family law*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of European private law*, op. cit., M. GONZÁLEZ PASCUAL, A. TORRES PÉREZ, *The right to family law in the EU*, ed. Routledge, 2016, pp. 129ss.

⁴² J.W. PAULSEN, *Family law: Parent and child*, in *SMU Law Review*, 1999, pp. 1206ss. J. BLACK, *Foreword to international issues*, in H. SETRICHT et al., *International issues in family law: The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, ed. Family Law, 2015, pp. 138ss.

⁴³ See in argument the next cases from the ECtHR: *Ratzenböck and Seydl v. Austria* of 26 October 2017, the ECtHR declared that: “(...) establishing whether persons are in analogous or relevantly similar situations is a necessary precondition for the application of Article 14 read in conjunction with another Convention Article (see, as an early authority, *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, par. 29-42). This step has decisive consequences for the case, since a finding that there is no comparator precludes the Court from entering into an assessment on the merits. As it has been critically noted in the scholarly writings, the use of comparators may in effect convert a potentially challengeable ground of discrimination into one that is immune from judicial scrutiny (...).” *Achim v. Romania* of 24 October 2017; *Lebois v. Bulgaria* of 19 October 2017; *Fuchsmann v. Germany* of 19 October 2017; *Alexandru Enache v. Romania* of 3 October 2017; *Vilenchik v. Ukraine* of 3 October 2017; *Shvidkiye v. Russia* of 25 July 2017; *Belcaceni and Oussar v. Belgium* of 11 July 2017; *M.S. v. Ukraine* of 11 July 2017; *Aycaguer v. France* of 22 June 2017; *Bogomolova v. Russia* of 20 June 2017, the ECtHR affirmed that: “(...) (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 par. 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the currency of the respondent State (...)”. *Hurica v. Croatia* of 2 May 2017; *A.-M.V. v. Finland* of 23 March 2017, the ECtHR observed that: “(...) in particular the fact that paragraph 3 of the Article is closely aligned with paragraph 2 of Article 8, and taking into account the conclusions reached under Article 8 of the Convention above, the Court does not consider that an examination of the applicant's complaint can lead to different findings when reviewed under Article 2 of Protocol No. 4. There has therefore been no violation of that Article, either (...)”. *Dimova and Peeva v. Bulgaria* of 19 January 2017; *Babiarz v. Poland* of 10 January 2016; *Sagvolden v. Norway* of 21 December 2016, the ECtHR has declared that: “(...) the necessity of the interference, the Court will have regard to the principles in its case-law, enunciated in *Connors v. the United Kingdom*, (no. 66746/01, par. 81–84, 27 May 2004, and relied on in a number of subsequent judgments (see *McCann*, par. 46-55, *Ćosić*, par. 20-23; *Orlić*, par. 63-72; *Zehentner v. Austria*, par. 56-65, 16 July 2009; and *Bjedov v. Croatia*, par. 64-72, 29 May 2012), as follows: 81. An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued. While it is for the national authorities to make the initial assessment of necessity, the final evaluation as to whether the reasons cited for the interference are relevant and sufficient remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (...) a margin of appreciation must, inevitably, be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international Court to evaluate local needs and conditions. This margin will vary according to the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities restricted, as well as the nature of the aim pursued by the restrictions. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights (...) in spheres involving the application of social or economic policies, there is authority that the margin of appreciation is wide, as in the planning context where the Court has found that in so far as the exercise of discretion involving a multitude of local factors is inherent in the choice and implementation of planning policies, the national authorities in principle enjoy a wide margin of appreciation (...) in spheres such as housing, which play a central role in the welfare and economic policies of modern societies, it will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (...) this was in the context of Article 1 of Protocol No. 1, not Article 8 which concerns rights of central importance to the 30 *Sagvolden v. Norway* judgment individual's identity, self-determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community (...) the procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. In particular, the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 (...)”. *Ustinova v. Russia* of 8 November 2016; *Moog v. Germany* of 6

Kingdom of 8 July 1987 the violation of the right to respect family life is perceived in the total exclusion of the parent of the child's life as also in *Eriksson v. Sweden* of 22 June 1989. In *Olsson v. Sweden* on 27 November 1992 the Court has recently developed the issue of public power interference in family life sometimes including all its contents among which participation and emotional sharing of decisions concerning the expropriated offspring. From the same line of thought in *Olsson v. Sweden* of 26 September 1995 and *Phostira Eftymiou et Rebeiro Fernandes v. Portugal* of 5 February 2015 the European Court draws attention to the gravity of a measure involving the disintegration of the family for its destructive capacity, it must be the only means of achieving the child's interest⁴⁴ and be inspired by the contemplation of the interests of the individual and the family⁴⁵. Indeed, in the judgments cited above, the European Court has tried to focus on some fundamental principles such as the right of a parent and child to be together as a fundamental element of family life⁴⁶; the assumption of a child by the public authorities does not preclude relationships with the natural family (*Eriksson v. Sweden*) and the taking into custody of a minor is a temporary measure to be suspended when the situation which has determined it falls and every act of execution must be aimed at returning the child to the family⁴⁷ hence the Court would not be legitimate to injure the health and development of the child as it is also not possible to share the negative impact of the measure on the relations between the brothers and the resumption of the family relationship to which the ablative measures are finalized⁴⁸.

October 2016; *Vrzić v. Croatia* of 12 July 2016, the ECtHR declared that: "(...) is mindful of the fact that the present case concerns proceedings between private parties, namely the applicants and their creditors on the one hand and the applicants and the purchaser of their house on the other hand. However, even in cases involving private litigation, the State is under an obligation to afford the parties to the dispute judicial procedures which offer the necessary procedural guarantees and therefore enable the domestic Courts and tribunals to adjudicate effectively and fairly in the light of the applicable law (see *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, par. 83; *J.A. Pye par. 57*; and *Zagrebačka banka d.d. v. Croatia*, par. 250 and 251, 12 December 2013). See also: A. WIJFFELMAN, *Child marriage and family reunification*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017.

⁴⁴ L. WALKER, *Maintenance and child support in private international law*, Hart Publishing, 2015. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *En interès superior del menor: La integració en el nou mitjà*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, pp. 78ss. S. GOESSL, *Preliminary questions in european private international law*, in *Journal of Private International Law*, 2012, pp. 64ss. C. LÓPEZ, *Nuevas normas de derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016. L.C. PEREZNIETO, *El derecho internacional privado actual*, ed. Zavalia, 2015. M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La protección internacional de adulto el enlace de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la EU*, in *Jean Monnet Chair, Universitat de Barcelona*, working paper n. 2016/3. J. LONG, *Rethinking vulnerable adults protection in the light of the 2000 Hague Convention*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2013, pp. 52ss. H. STALFORD, *Children and the European Union: Rights, welfare and accountability*, Hart Publishing, 2012. J. PIRRUNG, *Hague conference on PIL*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of european private law*, op. cit., C. FENTON-GLYNN, *Children's rights in intercountry adoption*, ed. Intersentia, 2014. L.E. TEITZ, *Children crossing borders: Internationalizing the restatement of the conflict of laws*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2017, pp. 524ss. R.J. WECHSLER, *Giving every child a chance: The need for reform and infrastructure in intercountry adoption policy*, in *Pace International Law Review*, 2010, pp. 20ss. E. BRISCOE, *The Hague Convention on Protection of Children and co-operation in respect of intercountry adoption: Are its benefits overshadowed by its shortcomings?*, in *Journal of American Academy of Matrimonial Law*, 2009, pp. 440ss. A. LAQUER, ESTIN, *Families across borders: The Hague Children's Conventions and the case for international family law in the United States*, in *Florida Law Review*, 2010, pp. 48. in particular the author notes that: "(...) detailing the U.S. Department of State's position as the U.S. Central Authority as well as the specific office within the Department that performs Convention-specific duties (...)". R. WORTHINGTON, *The road to parentless children is paved with good intentions: How the Hague Convention and recent intercountry adoption rules are affecting potential parents and the best interests of children*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2009, pp. 562ss. According to the author: "(...) even though there are no alternative procedures in place, there are solutions preferable to a complete termination of intercountry adoptions (...)".

⁴⁵ D. PORCHERON, *La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant: vers une relation de complémentarité?*, in *Journal du Droit International*, 2015. A. DUTTA, *Cross-border protection measures in the European Union*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 170ss. F. FORCADA MIRANDA, *Revision with respect to the cross-border placement of children*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2015, pp. 38ss.

⁴⁶ J. CHRISTOFFERSEN, M. RASK MADSEN, *The European Court of Human Rights between law and politics*, Oxford University Press, 2013.

⁴⁷ N. TAYLOR, M. FREEMAN, *International research evidence on relocation: Past, present and future*, in *Family Law Quarterly*, 2010, pp. 330. J. HOLLIDAY, *Protecting the rights of the child: Amending the child abduction provisions under the Brussels IIa Regulation*, in *International Family Law*, 2016, pp. 39ss. M. MENNE, *International family law: Some current practical issues arising from cross-border children cases*, in *International Family Law*, 2016, pp. 175ss.

⁴⁸ S. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006.

10. The European Court of Human Rights has focused on the assessment and balancing of the judge's recognition in assessing the extremes of the *exequatur* request⁴⁹. The margin of appreciation left to the judge must not lead to results such as restricting or reducing access to justice, which must be guaranteed to every individual⁵⁰, and therefore the European Court has found disproportionate the claim of the European Court of Human Rights and of international private law to subject the recognition of observance of time limits imposed by the Court to remedy transcript errors⁵¹. In this case, the principle of legality was of primary importance and the possibility of obtaining the recognition and enforcement of a foreign judgment is an integral part of the right to appeal to the Court under art. 6 of the ECHR⁵². In the case of *Hussein v. Belgium* of 6 May 2004, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* of 28 June 2007 and *Trizio v. Switzerland* of 2 February 2016 the European Court had established that the claim of adoption carried out elsewhere was completed under the law determined by the conflicting rules⁵³ of the requested State of recognition which constituted: "(...) an unjustified interference in family life (...)"⁵⁴. From these

⁴⁹ M. FALLON, J. MEEUSEN, *Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002, pp. 38ss.

⁵⁰ See, Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the ECHR*, Cambridge University Press, 2002. A. LEGG, *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*, Oxford University Press, 2012, pp. 58ss. S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine*, op. cit. J. ASCHE, *Die Margin of appreciation*, ed. Springer, 2017.

⁵¹ W. DUNCAN, *Transcript: Globalisation of the Hague children's Conventions with emphasis on the Child Abduction Convention*, in *Oklahoma Law Review*, 2017, pp. 609ss. E. STHOEGER, *International child abduction and children's rights: Two means to the same end*, in *Michigan Journal of International Law*, 2011, pp. 512. According to the author: "(...) she terms as an "alternative reconciliation" method of interpreting the two bodies of law. Under this scheme, a Court must interpret the exceptions to return-especially the "grave risk" exception- in such a way that it will deny return when the return cannot be reconciled with the obligation to consider the best interests of the child as a primary consideration." The argument relies on the contention that the drafters of the Hague Convention originally envisioned situations where a father abducts the child from the hands of the mother, the primary caretaker of the child." But in today's reality, where it is frequently the mother and primary caretaker who abducts the child, a return would not restore the status quo but rather create an entirely different situation for the child. This reality makes it more difficult to find that a return to the hands of the non-primary caretaker father-even if only temporary coincides with weighing the best interests of the child as a primary consideration (...) the drafters did not intend for Courts to return children where this decision would jeopardize their safety, or where the mother is fleeing domestic violence (...)" In the same opinion see also: R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention and children's rights*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2002, pp. 400ss.

⁵² See the case: *Vrbica v. Croatia* of 1st April 2010, par. 61. S. STEIN, *In search of "red lines" in the jurisprudence of the ECHR on fair trial rights*, in *Israel Law Review*, 2017, pp. 180ss. O. PRIDAL, *The right to a fair trial. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 2014. A. PANAIT, *The right to a fair trial in the dynamic interpretation of the European Court of Human Rights*, in *Challenges of the Knowledge Society*, 2016, pp. 226ss.

⁵³ K. ROOSEVELT III, *Legal realism and the conflict of laws*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, pp. 8ss. C. WASSERSTEIN FASSBERG, *Realism and revolution in conflict of laws: In with a bang and out with a whimper*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, pp. 25ss.

⁵⁴ See also the next cases: *Poitimol v. France* of 23 November 1993; *Pelladoah v. France* of 22 September 1994, the ECtHR affirmed that: "(...) any interference must achieve a "fair balance" between the demands of the general interest of the community and the requirement of protecting the individual's fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In each case involving an alleged violation of Article 1 of Protocol No. 1, the Court must ascertain whether by reason of the State's interference, the person concerned had to bear a disproportionate and excessive burden (see *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, par. 50, and *Amato Gauci v. Malta*, par. 57, 15 September 2009). In determining whether this requirement has been met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see *Chassagnou and Others v. France* par. 75, *Immobiliare Saffi v. Italy*, par. 49 and *Luordo v. Italy*, par. 69; *Ben el Mahi v. Denmark* of 11 December 2006. See in particular: M. MILANOVIC, *Extraterritorial application of human rights treaties. Law, principles and policy*, Oxford University Press, 2011, pp. 186ss. Continuing with: *Stochlak v. Russia* of 22 September 2009. See, D. ICHIM, *Just satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2014. In case: *Muñoz Díaz v. Spain* of 8 December 2009, the ECtHR stated that: "(...) children born out of wedlock may not be treated differently-in patrimonial as in other family-related matters-from children born to parents who are married to each other (principle stated in *Marckx*, cited above; compare also, among other examples, *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, par. 30). The corollary is that if the Spanish authorities had refused to recognise the applicant as the mother of a large family and grant her the attendant pecuniary benefits, or if they had refused to enter the children in the family record book, they would most likely have had to be found to be discriminating against the applicant and her family (...)" *Tapia Gasca y D. v. Spain* of 22 December 2009; *Mijušković v. Montenegro* of 21 September 2009, the ECtHR affirmed that: "(...) the pri-

mary object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there are, in addition, positive obligations inherent in effective “respect” for family life (see *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, par. 49) (...) has repeatedly held that Article 8 includes a right for parents to have measures taken that will permit them to be reunited with their children and an obligation on the national authorities to take such action (see, among other authorities, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, par. 94; *Nuutinen v. Finland*, par. 127 and *Sylvester v. Austria*, par. 58, 24 April 2003) (...). In case: *Saleck Bardu v. Spain* of 24 May 2010 the ECtHR: “(...) first observes that the applicant’s children were persistently reluctant to have contact with the applicant (...) observes in this regard that the decisions taken by the domestic Courts to suspend contact between the applicant and his children were based on the children’s statements and on expert reports which, having regard to the children’s determined hostility to their father, and to the children’s well-being, advised against any contact until psychological therapy with the children had taken place. However, this therapy could not take place, since the applicant’s former wife obstinately failed to obey the domestic Courts’ orders in this regard. The attitude and conduct of the applicant’s former wife made it particularly difficult for the domestic Courts to act to facilitate contact (...)”. In case: *Shaw v. Hungary* of 26 July 2011, the ECtHR : “(...) also held that although coercive measures against the children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of unlawful behaviour by the parent with whom the children live (see *Ignaccolo-Zenide*, cited above, par. 106) (...) reiterates that the Convention must be applied in accordance with the principles of international law, in particular with those relating to the international protection of human rights (see *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, par. 90 and *Al-Adsani v. the United Kingdom* par. 55) (...) considers that the positive obligations that Article 8 of the Convention lays on the Contracting States in the matter of reuniting a parent with his or her children must be interpreted, in the present case, in the light of the Hague Convention and the EC Regulation on the Recognition of Judgments (...)”. *Sholokhov v. Armenia and Republic of Moldova* of 31 July 2012. See, F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ (a cura di), *Protecting vulnerable groups: The european human rights framework*, Hart Publishing, 2015, pp. 28ss. P. AGNA (a cura di), *Human rights between law and politics: The margin of appreciation in post-national context*, Hart Publishing, 2017, pp. 25ss. In the same spirit see: *Moretti and Benedetti v. Italy* of 27 April 2010. In case: *Harroudj v. France* of 4 October 2013 the ECtHR noticed that: “(...) the judicial grant of *kafala* is fully recognised by the respondent State and that it produces effects in that country that are comparable in the present case to those of guardianship, since the child, Hind, had no known parentage when she was placed in care. In that connection, the domestic Courts emphasised the fact that the applicant and the child had the same surname, as a result of the relevant legal procedure, and that the applicant exercised parental authority, entitling her to take any decision in the child’s interest. Admittedly, as *kafala* does not create any legal parent-child relationship, it has no effects for inheritance and does not suffice to enable the child to acquire the foster parent’s nationality. That being said, there are means of circumventing the restrictions that stem from the inability to adopt a child. In addition to the name-change procedure, to which the child was entitled in the present case on account of her unknown parentage in Algeria, it is also possible to draw up a will with the effect of allowing the child to inherit from the applicant and to appoint a legal guardian in the event of the foster parent’s death (...)”. In particular see: I. GALLALA-ARNDT, *Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der Kafala in Europa-Besprechung der Entscheidung des EGMR Nr. 43631/09 vom 04.10.2012, Harroudj/Frankreich*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, pp. 410ss. See also: *Henry Kismoun v. France* of 14 March 2013. J. LAFFRANQUE, *Can't get just satisfaction*, in A. SEIBERT-FOHR, M.E. VILLIGER (eds.), *Judgments of the European Court of Human rights. Effects and implementation*, ed. Nomos, 2014, pp. 77ss. In case: *Oleynikov v. Russia* of 26 June 2013, the ECtHR noticed: “(...) the right of access to Court secured by Article 6 par. 1 is not absolute, but may be subject to limitations: these are permitted by implication, since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 par. 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Waite and Kennedy v. Germany*, par. 59; *T.P. and K.M. v. the United Kingdom* par. 98, *Fogarty v. the United Kingdom* par. 33 and *Cudak v. Lithuania* par. 55, ECHR 2010) (...)”. *Menesson v. France and Labasse v. France* of 26 June 2014, the ECtHR observed that: “(...) respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings, which includes the legal parent-child relationship (...) an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned (...) as domestic law currently stands, the third and fourth applicants are in a position of legal uncertainty. While it is true that a legal parent-child relationship with the first and second applicants is acknowledged by the French Courts in so far as it has been established under Californian law, the refusal to grant any effect to the US judgment and to record the details of the birth certificates accordingly shows that the relationship is not recognised under the French legal system (...)”. *Cavani v. Hungary* of 28 October 2014; *Chbihi Loudoudi and others v. Belgium* of 16 December 2014; *Chapin and Charpentier v. France* of 9 July 2016. See also in argument: I.J. SALES, *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva*, ed. Bosch, 2015. C. FENTON-GLYNN, *The child’s voice in adoption proceedings: A european perspective*, in *International Journal of Children’s Rights*, 2014, pp. 142ss. L. CARPANETO, *In depth consideration of family life v. immediate return of the child in abduction proceedings with the EU*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2014, pp. 932ss. E. RAVASI, *Human rights protection by the ECtHR and the ECJ: A comparative analysis in light of the equivalency doctrine*, ed. Brill, 2017, pp. 169ss. H. BAKER, M. GROFF, *The impact of the Hague Conventions on European family law*, in J.M. SCHERPE (eds.), *European Family Law, vol. I, The impact of Institutions and Organisations on european family law*, op. cit., D. HARRIS, M. O’BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention of Human Rights*, Cambridge University Press, 2014. J. GERARDS, E. BREMS, *Procedural re-*

judgments no absolute principle of private international law or general protection of a fundamental right can be derived, but it can be inferred that the protection of human rights may exclude the applicability of the conflict rules⁵⁵ in the case of conflict⁵⁶. Human rights must be additional to the case of malfunctioning of private international law. *Exequatur* verification could also relate to existing deficiencies not adequately considered in *exequatur*: in this case, the European Court has the role of enhancing and verifying indirectly, and offering a remedy to prevent the judgment being effective whose recognition is likely to have adverse effects in several different regimes⁵⁷.

11. In a number of cases referring to the jurisdiction and recognition of sentences concerning the international abduction of minors the European Court has referred as well as to the principles proclaimed in Universal Conventions such as the Hague Convention of 1980 and the New York Convention of 1989⁵⁸, recalling the child's superior interest⁵⁹ as a point *de repère*⁶⁰ specifically considered in the individual case, as a parameter for balancing, which the national Court (*lex fori*) is called upon to make in the resolution of cases⁶¹. Despite the fact that international private law has the character of “compe-

view in european fundamental rights cases, Cambridge University Press, 2017. A. SEIBERT-FOHR, M. VILLIGER, *Judgments of the European Convention of Human Rights. Effects and implementation*, ed. Nomos, 2017. A. HENRIKSEN, *International law*, Oxford University Press, 2017, pp. 218ss.

⁵⁵ A.J. COLANGELO, *Absolute conflicts of law*, in *Indiana Law Journal*, 2016.

⁵⁶ A. HOC, G. WILLEMS, S. WATIER, *Human rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law*, ed. Bruylant, 2016. M. AFROUKH, L. CALLEJON-SERENI, G. GONZALEZ, O. MARTELLY A. SCHAH MANECHE, H. SURREL, *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droit de l'homme*, ed. Anthemis, 2014.

⁵⁷ T. KERIKMÄE, *Protecting human rights in the European Union*, ed. Springer, 2014.

⁵⁸ I. REIG FABADO, *El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, pp. 246ss. C. NEIRICK, *La Convention des droits de l'enfant. Une Convention particulière*, ed. Dalloz, 2014.

⁵⁹ A. DIECI, *Balancing the principle of the best interest of the child with the right to be heard: An ongoing challenge from an international perspective*, in *Jura Gention, Journal of Philosophy of International Law and Global Policy*, 2017

⁶⁰ J. FERRER Í. RIBA, *Child protection*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of european private law*, op. cit., R. GARIMELLA, S. JOLLY, *Private international law*, ed. Springer, 2017.

⁶¹ See from the ECtHR the next cases in the argument of best child interest: *Bronda v. Italy* of 9 June 1996; *Scozzari and Giunta v. Italy* of 13 July 2000; *K. and T. v. Finlandia* of 13 July 2001; *P.C. and S. v. United Kingdom* of 16 July 2002; *K.A. v. Finlandia* of 14 January 2003; *Haase v. Germany* of 8 April 2004; *Kosmopoulou v. Greece* of 5 February 2004; *Pini and others v. Romania* of 22 June 2006; *Elsholz v. Germany* of 13 July 2000; *Hoffmann v. Germany* of 11 October 2001; *Hoppe v. Germany* of 5 December 2002; *Bove v. Italy* of 30 June 2005; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* of 6 July 2010; *Kennedy v. United Kingdom* of 18 May 2010, the ECtHR observed that: “(...) the obligation to hold a hearing is not absolute. There may be proceedings in which an oral hearing is not required and where the Courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties' submissions and other written materials. The character of the circumstances that may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be decided by the competent national Court (see *Jussila v. Finland*, par. 41 to 42) (...)”. *Shimovolos v. Russia* of 21 June 2011; *Bykov v. Russia* of 10 March 2009; *Hode and Abdi v. United Kingdom* of 6 November 2012; *Biao v. Denmark* of 25 March 2014, the ECtHR in particular: “(...) has recognised that “there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those who have a special link with a country” (see *Ponomaryov and Others v. Bulgaria* (dec.), no. 5335/05, 18 September 2007, concerning preferential treatment of “aliens of Bulgarian origin and Bulgarians living abroad”) and, in particular, “to those whose link with a country stems from birth within it” (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, par. 88, concerning reunification of spouses). In our view, this principle applies equally to the existence of close ties with a country stemming from being a national for a certain period. The majority do not find it necessary to explain whether they are departing from the case-law authorities cited above or are finding the present application distinguishable from them, particularly from *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, which was explicitly analysed and relied upon by the Supreme Court in its consideration of the present case. I cannot interpret Article 14 of the Convention as aiming at achieving equality by any means, including by equating incommensurable interests. In the event of revocation of the impugned exemption clause, a feeling of satisfaction for the applicants that they would no longer be differentiated as migrants is perfectly understandable, but it is of the utmost importance that their core Article 8 right will remain intact (...)”. See also: S.C. NUÑEZ, *The ECtHR's judgment in Biao V. Denmark: Non-discrimination among nationals and family reunification as converging european standards ECtHR, Biao v. Denmark, Judgment of 24 May 2016*, in *Maastricht Journal of International & Comparative Law*, 2016, pp. 867ss. *Balogun v. United Kingdom* of 10 April 2012; In case: *Jeunesse v. Netherlands* of 3 October 2014 the ECtHR observed that: “(...) to have taken a somewhat similar position; both concerned the Netherlands (*Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands* and *Şen c. Les Pays Bas* (...)) the last mentioned decision not being available in English and not being cited by the Court in the present judgment). Both of these cases concerned the reunification of families by admitting a child to the territory of the host State (the Netherlands) where the parent or parents had legal residence. The integration of the children concerned into the family unit was regarded as necessary for their development in view of their young age (nine years in *Şen* and fifteen years in *Tuquabo-Tekle and Others*). It should be observed that neither of these two cases concerned family-formation during an illegal

tence” based on the spatial and/or personal localization of the case, which it has to regulate, many times in the European case law and the ECtHR “for functional reasons” of the conduct of legal situations once they have been constituted. In this sense, an important step has been given by the Great Chamber on the case *X. v. Latvia* of 26 November 2013, in which the Court notes the importance of harmonizing international instruments and refers to the Hague Convention of 1980⁶². In particular the Judge Pinto de Albuquerque has declared that: “(...) Justice for children, even summary and provisional justice, can only be done with a view to the entirety of the very tangible case at hand (...) of the actual circumstances of each child involved. Only an in-depth or “effective” evaluation of the child’s situation in the specific context of the return application can provide such justice (...)”⁶³. Before the last above case the European Court of Human Rights in the cases: *Maumousseau and Washington v. France* of 6 December 2007; *Raban v. Romania* of 26 October 2010; *Blaga v. Romania* of 1st July 2014; *Adžić v. Croatia* of 12 March 2015, which the Court has declared that: “(...) the Hague Convention is not suited to situations relating to the end of family life⁶⁴ and submits that the separation of a child under seven from his mother will always create a grave risk of harm as understood by art. 13(1)(b), 1980 Hague Convention. Equally there have long been calls for the Convention not to apply to applications made by left behind fathers whose custody right is limited to a right of veto over the removal of the child from the jurisdiction (...)”⁶⁵; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* of 6 July 2010, reiterated the obligations under the ECHR and declared that: “(...) Article 8 of the Convention imposed on domestic authorities a particular procedural obligation.

overstay in the host State, but that, on the contrary, in both instances the request to have the children enter the State was filed before they had entered the State, in compliance with the applicable immigration law—quite unlike the situation in the present case. In both of these previous cases, where the children themselves were applicants, the Court concluded that the Netherlands had a positive obligation to allow the children to reunify with their parent(s) lawfully on Dutch territory (...)”. *Kiyutin v. Russia* of 10 March 2011; *Novruk and others v. Russia* of 15 March 2016; *Pajić v. Croatia* of 23 February 2016. See for the cases above: D. XENOS, *The positive obligations of the state under the European Convention of Human Rights*, ed. Routledge, 2012, pp. 138ss. M. FERIA TINTA, *The landmark rulings of the inter-American Court of Human Rights on the rights of the child. Protecting the most vulnerable at the edge*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 202ss. E. BREMS, R. DESMET, *Integrated human rights in practice: Rewriting human rights decisions*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 173ss. O. DE SCHUTTER, *International human rights law: Cases, materials, commentary*, Cambridge University Press, 2014, pp. 996ss. M.W. JANIS, R.S. KAY, A.W. BRADLEY, *European human rights law: Text and materials*, Oxford University Press, 2008. S. PEERS, *EU justice and home affairs law: vol. II*, Oxford University Press, 2016, pp. 76ss. K. TRIMMINGS, *Child abduction within EU*, Hart Publishing, 2013, pp. 1968ss. M. WOOLF, *Coming of age? The principle of the best interests of the child, in European Human Rights Law Review*, 2003, pp. 208ss. M. DE BOER-BUQUICCHIO, *The protection of children’s right in Europe and the UN Convention on the rights of the child*, in P. MAHONEY and others (a cura di), *Protection des droits de l’homme, la perspective européenne: Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, ed. C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 346ss. U. KILKELLY, *Effective protection of children’s rights in family cases: An international approach*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2002. T. SCHRIWER, *Establishing an affirmative governmental duty to protect children’s rights. The European Court of Human Rights as a model for the United States Supreme Court*, in *University of San Francisco Law Review*, 2000. C. MCGLYNN, *Families and the European Union Charter of fundamental rights: Progressive change or entrenching the status quo?*, in *European Law Review*, 2001, pp. 588ss. K.M.K. DE VRIES, *Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber’s ruling in Biao v. Denmark*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, pp. 468ss. F. IPPOLITO, *Migration and asylum cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of fundamental rights to test?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, pp. 2ss. J. MINK, *EU Asylum law and human rights protection: Re-visiting the principle of non-refoulement and the prohibition of torture and other forms of ill-treatment*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012. S. SCHMAHL, *Kinderechtskonvention, Nomos Kommentar*. C.H. Beck, 2017, pp. 356ss.

⁶² In case: *X v. Latvia* of 26 November 2013, par. 94, the Court has declared that: “(...) The decisive issue is whether the fair balance that must exist between the competing interests at stake—those of the child, of the two parents, and of public order—has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (...), taking into account, however, that the best interests of the child must be of primary consideration and that the objectives of prevention and immediate return correspond to a specific conception of the best interests of the child (...)”. See also the opposite approach from the Inter American Commission in the Case: *X and Z v. Argentina* in the Report of 3 October 2000, no. 71/00: “(...) the Commission ruled that Argentina had violated the Hague Convention of 1980, in a case in which the Argentine authorities had ordered the immediate return of the child to Spain before the measure was issued (...) The Commission underlined that the purpose of the Hague Convention is to prevent the law from being circumvented by prejudicing the child’s interests whenever one of his parents illegally moves him from the place of his habitual residence and tries to block (...)”.

⁶³ J. EEKELAAR, *The role of the best interests principle in decisions affecting children and decisions about children*, in *The International Journal of Child Rights*, 2015, pp. 5ss. H. STALFORD, *Children and the European Union*, Hart Publishing, 2012.

⁶⁴ A.E. ROSSI, B. STARK, *Playing solomon: Federalism, equitable discretion, and the Hague Convention on the Civil aspects of International Child Abduction*, in *Roger Williams University Law Review*, 2014, pp. 21ss.

⁶⁵ H. MUIR WATT, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private international law and global governance*, Oxford University Press, 2014.

When assessing an application for a child's return, the Courts must not only consider arguable allegations of a "grave risk" for the child in the event of return, but must also make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case (...) (b)oth a refusal to take account of objections to the return capable of falling within the scope of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention⁶⁶ and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections would be contrary to the requirements of Article 8 of the Convention and also to the aim and purpose of the Hague Convention. Due consideration of such allegations, demonstrated by reasoning Convention, of the domestic Courts that is not automatic and stereotyped, but sufficiently detailed in the light of the exceptions set out in the Hague which must be interpreted strictly is necessary (...) "⁶⁷. In the 2015 version of the Commission's Practice Guide for the Application of the Brussels Iia Regulation, it is put forward that the mere existence of protective procedures in the Member State of origin is not sufficient, rather "it must be established that the authorities in the Member State of origin have taken concrete measures to protect the child in question". This is a requirement for the internal judge to instruct the case by giving adequate space to the texts, listening to the child, and all the evaluation elements that enable the child's situation to be adequately framed⁶⁸.

12. The Court's considerations as regards the infringement of art. 8 of the ECHR are essentially

⁶⁶ The same justification and spirit was obtained from the Court of Justice in the case: *D. Bradbrooke v. A. Aleksandrowicz* C-498/14 of 9 January 2015.

⁶⁷ See in argument: D. RIETIKER, *Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme: L'affaire Neulinger et Shuruk: Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux*, in *Revue Rimestrielle des Droits de l'Homme*, 2012, pp. 394ss. S. VIGERS, *Mediating international child abduction cases. The Hague Convention*, Hart Publishing, 2011. K. TRIMMINGS, *Child abduction within the European Union*, Hart Publishing, 2013, pp. 1998ss. J. VIJANEN, H. E. HEISKANEN, *The European Court of Human Rights A guardian of minimum standards in the context of immigration*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2016. H. KELLER, C. HERI, *Protecting the best interests of the child. International child abduction and the European Court of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2015, pp. 270ss. V. STEPHENS, *Children's welfare and human rights under the 1980 Hague abduction Convention*, ed. Routledge, 2012. D. MARTINY, *Internationale Kindesentführung und europäischer Menschenrechtsschutz-Kollision unterschiedlicher Ansätze*, in K. HILBIG-LUGANI, D. JAKOB, G. MÄSCH, P. REUSS, C. SCHMID (eds.), *Zwischenbilanz-Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Geseking Verlag, 2015, pp. 598ss. A. SCHULZ, *The enforcement of child return orders in Europe*, in *International Family Law*, 2012, pp. 44ss. M. BOGDAN, *Some Reflections on the Treatment by the ECHR of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, in J.J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ, BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borràs*, ed. Marcial Pons, 2013, pp. 214ss. R. SCHUZ, *The Hague child abduction Convention a critical analysis*, Hart Publishing, 2014, pp. 24ss. L.J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and unilateral relocations by custodial parents: A perspective from the United States and Europe-Abbott, Neulinger, Zarraga*, in *Oklahoma Law Review*, 2011. L. WALKER, P. BEAUMONT, *Shifting the balance achieved by the abduction Convention: The contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Journal of Private International Law*, 2011, 243ss. P. MCELEAVY, *The European Court of Human Rights and the Hague child abduction Convention: Prioritising return or reflection?*, in *Netherlands International Law Review*, 2015, pp. 366ss. G. LUPŞAN, *Some aspects of international children abduction. Theoretical and practical approach from the perspective of the european law and judicial practice*, in *EIRP Proceedings*, 2015. T. KRUGER, *International child abduction: The inadequacies of the law*, Hart Publishing, 2011, pp. 252ss. N. LOWE, V. STEPHENS, *Global trends in the operation of the 1980 Hague Abduction Convention*, in *Family Law Quarterly*, 2012, pp. 42ss. L. WALKER, *The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The danger of Neulinger*, in *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 650ss. In particular the author has declared that in the case *Neulinger* that: The Court of Human Rights insisted: "(...) that it had the responsibility to ascertain whether the domestic Courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors as to what would be best for an abducted child in the context of an application for return. But that inquiry misconceives the role of a Court hearing a petition for return, which under the Convention is to ensure the child's safety and well-being in making an order of return. The assessment of the entire family situation is for the Courts of the habitual residence to make in its merits determination of custody (...)". See also: J. CHAMBERLAND, *Whither the "best interests of the child" in the 1980 Child Abduction Convention?*, in *International Family Law*, 2012, pp. 30ss. In the same spirit see from the Court of justice the case *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe* C-497/10 PPU of 10 December 2010. In particular the Court of Justice under the Brussels Iia Regulation has declared that: "(...) the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. In particular, duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of the Member State and the family's move to that State, the child's nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State should all be taken into consideration obviously appropriate to the child's age (...)".

⁶⁸ J. MEYER-LADEWIG, M. NETTESHEIM, S. VON RAUMER, *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention*, ed. Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2017, pp. 287ss.

analogous to those already expresses in the case *Šneerson & Kampanella v. Italy* of 12 October 2011⁶⁹, in which the Court recognized the lack of due consideration by the judge of the State of origin of the elements relating to the psychological effects of the child's posting⁷⁰. The European Court's attention to the principles set out in the Universal Human Rights Conventions is based on the customary nature of the obligation to protect family relations and the rights of the child as well as the obligation for States to ensure fair trial as one of the fundamental principles of the European Convention on Human Rights⁷¹, which according to Williams: "(...) Procedural due process may be classed as; 1) Positivist due process which means that the right to due process is limited to that prescribed by positive law, 2) Judicial intervention due process which mandates limited control on the legislature. This interpretation requires that any coercive action must be preceded by a determination from an independent and impartial Tribunal. 3) Fair procedures due process denotes not only compliance with law and the curial process but also compliance with some normative conception of fairness 4) Common law procedures⁷²: Due process this form of due process allows

⁶⁹ See in particular the previous cases from the ECtHR: *Varnava and others v. Turkey* of 18 September 2009; *Narinen v. Finland* of 19 December 1997; *Haig v. Aiken* of 10 September 1999; *Jamil v. France* of 27 May 1999 and after the sentence *Kampanella* the next cases: *Malysh and Ivanin v. Ukraine* of 9 September 2014; *Sokolov and others v. Serbia* of 14 January 2014. In argument: B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2017.

⁷⁰ See the case: *Povse v. Austria* of 18 June 2013, par. 3

⁷¹ E. GRUODYTĚ, S. KIRCHNER, *The right to a fair trial as the legal basis for legal aid*, in T. KERIKMÄE, *Protecting human rights in the EU: Controversies and challenges of the Charter of Fundamental Rights*, ed. Springer, 2014, pp. 89ss.

⁷² See under the common law the next important cases of equal trial from United States, Australia and Canada: *S v. Khanyile and Another* 1988 (3) SA 795 (N) at 809 (S. Afr.); *Dietrich v. The Queen* (1992) 177 CLR 292, 299 (Mason CJ and McHugh J); *Cf R v. DA* (2008) ACTSC 26(31 March 2008) (7)-(8) (Higgins CJ); *Dietrich v. The Queen* (1992) 177 CLR 292; See, G. WILLIAMS, S. BRENNAN, A. LYNCH, BLACKSHIELD, WILLIAMS, *Australian constitutional law and theory: Commentary and materials*, Federation Press, 5th ed, 2010, pp. 701ss. See also: *Weiss v. The Queen* (2005) 224 CLR 300: "(...) The right also manifests itself in the power of the Court to punish a contempt of Court (...)"; *X7 v. Australian Crime Commission* (2013) 298 ALR 570, 583-4 (38) (French CJ and Crennan J); *Hammond v. Commonwealth* (1982) 152 CLR 188. See, J. SPIEGELMAN, *Statutory interpretation and human rights*, in *Mcperson Lecture Series*, University of Queensland Press, 2008, pp. 62ss. J. SPIEGELMAN, *Principle of legality and the Clear Statement Principle*, in *Australian Law Journal*, 2005, pp. 769ss. Cf: *R v. PLV* (2001) 51 NSWLR 736, 743; *Bryne v. Australian Airlines Ltd* (1995) 185 CLR 410, 459 (McHugh and Gummow JJ); *Al-Kateb v. Godwin* (2004) 219 CLR 562, 577; *Electrolux Home Products Pty Ltd v. Australian Workers' Union* (2004) 211 CLR 309, 328; *Momcilovic v. The Queen* (2011) 245 CLR 1, 46-7 (43) (French CJ); *Coco v. The Queen* (1994) 179 CLR 427, 437; *R v. Secretary of State for the Home Department*; Ex parte Simms (2000) 2 AC 115, 131-2 (Lord Hoffman); *Potter v. Minahan* (1908) 7 CLR 277, 304; *Sargood Bro's v Commonwealth* (1910) 11 CLR 258, 279 (O'Connor J); *Ex Parte Walsh and Johnson*; *In Re Yates* (1925) 37 CLR 36, 93 (Issacs J); *Lee v. New South Wales Crime Commission* (2013) 302 ALR 363, 447-52 (307-14) (Gageler and Keane JJ); *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co Pty Ltd* (1993) 178 CLR 477, 517. See for the above cases: D. MEAGHER, *The principle of legality in the age of Rights*, in *Melbourne University Law Review*, 2011, pp. 449ss. See also: *S v. Boulton* (2006) 151 FCR 364, 383 (Jacobson J); *Barton v. The Queen* (1980) 147 CLR 57, 103 (Gibbs ACJ and Mason J); *Jago v. District Court (NSW)* (1989) 168 CLR 23, 47 (Brennan J); *Moevao v. Department of Labour* (1980) 1 NZLR 464, 481 (Richardson J) cited in *Jago v. District Court (NSW)* (1989) 168 CLR 23, 29-30 (Mason CJ); *Dupas v. The Queen* (2010) 241 CLR 237, 243; *Police (SA) v. Sherlock* (2009) 103 SASR 147, 158-9 (Doyle CJ). *Dupas v. The Queen* (2010) 241 CLR 237, 251; *Moti v. The Queen* (2011) 245 CLR 456, 464; *Attorney General (NSW) v. Watson* (1987) 20 Leg Rep SL 1 (Mason CJ, Wilson and Dawson JJ); See, *Jago v. District Court (NSW)* (1989) 168 CLR 23, 76 (Gaudron J); *R v. Milne* (No 1) (2010) 260 FLR 166,186-7 (Johnson J); *R v. Glennon* (1992) 173 CLR 592, 605 (Brennan J); *Barton v. The Queen* (1980) 147 CLR 75, 11 (Wilson J) *Moevao v. Department of Labour* (1980) 1 NZLR 464, 481 (Richardson J) cited in *Jago v. District Court (NSW)* (1989) 168 CLR 23, 29-30 (Mason CJ); *Momcilovic v. The Queen* (2011) 245 CLR 1, 49 (French CJ); from United Kingdom: *Ghaidan v. Godin-Mendoza* (2004) 2 AC 557, 572 (Lord Nicholls), 601 (Lord Roger). See in argument: A. GRAY, *Constitutionally Protecting the Presumption of Innocence*, in *University of Tasmania Law Review*, 2012, pp. 148ss. G. WILLIAMS, *The one and only substantive due process clause*, in *Yale Law Journal*, 2010, pp. 408ss. N.S. CHAPMAN, M.W. MCCONNEL, *Due process as separation of powers*, in *Yale Law Journal*, 2012, pp. 1672ss. S. GARDBAUM, *How successful and distinctive is the Human Rights Act? An expatriate comparatist's assessment*, in *The Modern Law Review*, 2011, pp. 201ss. A. COSSINS, *Time out for Longman: Myths, science and the common law*, in *Melbourne University Law Review*, 2010, pp. 69ss. J. SPIEGELMAN, *The truth can cost too much: The principle of a fair trial*, in *Australian Law Journal*, 2004, pp. 36ss. D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN (eds) *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 315ss. T.R.S. ALAN, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, pp. 423ss. A. ZIMMERMANN, *The rule of law as a culture of legality: Legal and extra-legal elements for the realisation of the rule of law in society*, in *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 2007, pp. 17ss. I. LANGFORD, *Fair trial: The history on an idea*, in *Journal of Human Rights*, 2009, pp. 51ss. M. BAGARIC, T. ALEXANDER, M. EBEJER, *The illusion that is the right to a fair trial in Australia*, in *Australian Journal of Human Rights*, 2011, pp. 65ss. T.H. BINGHAM, *The rule of law*, ed. Penguin Books, 2010, pp. 90ss. A.J. WISTRICH, C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI, *Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, pp. 1251ss. C.T. KOTUBY, *General principles of law, international due process and*

individuals to claim due process based on historical common law rules⁷³; Conceptions of substantive due process constitute; 1) Vested rights due process refers to the notion, based on natural law, which prescribes that where rights become vested in persons, the legislature cannot curtail such rights; 2) General law due process denotes that legislatures cannot deprive rights by specific enactment. Rather, legislation must only prescribe general rules; 3) Police powers due process which mandates that legislation which is beyond the scope of legislative power is invalid; 4) Fundamental Rights: Due process places weight on the identification of certain interests which are so fundamental that the government cannot infringe on them (...)”⁷⁴. On the other hand, given the high number of States that have acceded to those Conventions, it is often the case that States involved in a dispute for non compliance with these principles are bound to follow their obligations. This entitles the European Court to take this into account for the purposes of the interpretation of the ECHR⁷⁵, as envisaged in art. 31, par. 3, lett. c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides: “(...) that, for the purposes of the interpretation of a treaty, other than those resulting from other conventions concluded between States Parties may also be taken into account (...)”⁷⁶. In this way, the case law of the European Court allows an extension of the benchmarks that national Courts must consider in order to correctly apply the public order limit; and let us not forget that the ECtHR carries out mixed functions of control and guarantee of uniformity in the method of application of Universal Conventions such as the Hague, with no judicial review mechanisms and can become a contribution to the principles set out therein.

13. In the case of *Hämäläinen v. Finland* of 16 July 2017, it is plausible that the fundamental right of the individual is not isolated and can not be opposed to another right, or vested by the same person against the State, or which is owned by another person⁷⁷. In the *Hämäläinen* judgment, the State

the modern role of private international law, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013, pp. 417ss. T. SOURDIN, N. BURSTYNER, *Cost and time hurdles in civil litigation: Exploring the impact of pre-action requirement*, in *Journal of Civil Litigation and Practice*, 2013, pp. 66ss. J. FAULKS, *A natural selection? The potential and possibility for the development of less adversarial trials by reference to the experience of the Family Court of Australia*, in *University of Western Australia Law Review*, 2010, pp. 185ss. Under the ultimate author: “(...) The right to a fair trial must also be balanced against the interests of society in the allocation of limited resources. This is pertinent in light of recent funding cuts to Courts in some Australian jurisdictions (...) Courts can only conduct “as fair a trial as practicable” in light of resources (...) The tension between limited resources and the fair trial is best expressed by White J. who observes (...) that due process does not require that every conceivable step be taken, at whatever cost, to eliminate the possibility of convicting an innocent person (...)”. In the same spirit see also: F. BUCKLEY, *Pre-trial publicity, social media and the “fair trial”: Protecting impartiality in the Queensland criminal justice system*, in *Queensland Lawyer*, 2013, pp. 42ss.

⁷³ See, D. LIAKOPOULOS, *The common law rights in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and European Union Legal Matters*, 2015, pp. 17ss.

⁷⁴ G. WILLIAMS, *The Victorian Charter of Human Rights and responsibilities: Origins and scope*, in *Melbourne Law Review*, 2006, pp. 893ss

⁷⁵ K. ROHLEDER, *Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem*, ed. Nomos, 2008, pp. 342ss.

⁷⁶ See, V. TZEVELEKOS, *The case of article 31 (3) (c) of the VCLT in the case law of the ECtHR an effective anti-fragmentation tool or a selective loophole for the reinforcement of human rights teleology*, in *Michigan Journal of International Law*, 2010, pp. 622ss. O. KORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Convention on the law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, 2011. C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 280ss. M.E. VILLIGER, *Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the case-law of the European Court of Human Rights*, in J. BRÖHMER, R. BIEBER, C. LANGENFELD, S. WEBER, J. WOLF, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, ed. C. Heymanns, 2005, pp. 318ss. O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary*, Oxford University Press, 2011.

⁷⁷ See in argument: D. THYM, *Forum for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: A human right to regularize illegal stay?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 89ss. N. AROLF LORENZ, X. GROUSSOT, G. THOR PETURSSON, *The european human rights culture: A paradox of human rights protection in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 165ss. L. MAGI, *Same-sex couples before the inter-american system of human rights*, in D. GALLO et al. (eds.), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, ed. Springer, 2014. D.A. GONZALEZ SALZBERG, *Confirming (the illusion of) heterosexual marriage: Hämäläinen v. Finland*, in *Journal of International and Comparative Law*, 201, pp. 5ss. P. JOHNSON, *The choice of wording must be eegarded as deliberate: Same-sex marriage and article 12 of the European Convention on Human Rights*, in *European Law Review*, 2015, n. 2. P. DUNNE, *Marriage dissolution as a pre-requisite for legal gender recognition*, in *The Cambridge Law Journal*, 2014. M. D’AMICO, C. NARDOCCI, *LGBT rights and the way forward: The evolution of the case law of the ECtHR in relation to transgender individual’s identity*, in *ERA Forum*, 2016. A. TRYFONIDOU, *EU free movement law and the legal recognition of same-sex relationships: The case for mutual recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 2015, pp. 242ss. T. E. LAGRAN, *Mutual recognition of same-sex marriages from an EU immigration law perspective*, in A. SCHUSTER, (ed.), *Equality and justice: Sexual orientation and gender identity*

may enjoy a certain margin of discretion, which must be exercised in accordance with the principle of reasonableness. In case: *Šneerson and Kampanella v. Italy* of 12 July 2011, it should be noticed that the conflict between two subjects in the enjoyment of family life prevails a different right and considered to be paramount, that of the minor. Similarly, in the cases of *Carlos Garcia Avello v. Belgian State* C-148/02 of 2 October 2003 and *S. Grunkin and D.R. Paul* C-353/06 of 14 October 2008 the Court of Justice is noted that a conflict between two subjects in the enjoyment of family life⁷⁸ prevails a different right and considered to be paramount, that of the minor⁷⁹, especially in order to avoid the limping relationships in the European legal space based on the fundamental freedoms of movement of the European Union⁸⁰ reinvigorating for another time the position of the Court seeking to safeguard the free movement, imposing on the subject an identity in which it was denied. In the absence of uniform rules of conflict, the Court has used the general principles of European law to achieve the coordination of national rules by avoiding any assessment of the linkage criteria in general and prejudicing the choices of the European legislature in advance, as is also apparent from the practice legislation *in tempis*. An incom-

in the XXI Century, ed. Forum, 2011, pp. 252ss. K. LENAERTS, *Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, pp. 1360ss. J. RIJPMAN, N. KOFFEMAN, *Free movement rights for same-sex couples under EU law: What role to play for the CJEU?*, in D. GALLO et al. (eds.), *Same-sex Couples before national, supranational and international jurisdictions*, ed. Springer, 2014, pp. 474ss. M. VAN DEN BRINK, *What's in a name? Some lessons for the debate over the free movement of same-sex couples within the EU*, in *German Law Journal*, 2016, pp. 434ss. S. MARINAL, *Recognition in Italy of same-sex marriages celebrated abroad: The importance of a bottom-up approach*, in *European Journal of Legal Studies*, 2016, n. 9.

⁷⁸ See *ex multis*, P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, ed. Routledge 2013. M. LEE, *Equality, dignity and same-sex marriage*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. A. MOWBRAY, *Cases, materials and commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2012. W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015. L. LAVRYSEN, *The scope of rights and the scope of obligations*, in E. BREMS, J. GERARDS (eds.), *Shaping rights in the ECHR: The role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge University Press, 2013. G. LETSAS, *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*, in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe*, Cambridge University Press, 2013, pp. 289ss. P. MAHONEY, R. KONDAK, *A starting point or destination for comparative-law analysis by the European Court of Human Rights?*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and comparative law*, Oxford University Press, 2015. T. ZWART, *More human rights than Court: Why the legitimacy of the European Court of Human Rights is in need of repair and how it can be done*, in S. FLOGAITIS, T. ZWART, J. FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its discontents: Turning criticism into strength*, Edward Elgar Publishing, 2013. A. VERBEKE, A. SCHERPE, J. DECLERCK, C. HELMS, P. SENAËVE (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law—Liber amicorum Walter Pintens*, ed. Intersentia, 2012, pp. 1128ss. J. SCHERPE, *Towards marriage for same-sex couples—The international development*, in *Lesben-und-Schwulenverband Deutschland (LSVD), Vom Verbot zur Gleichberechtigung— Die Rechtsentwicklung in Deutschland, Festschrift für Manfred Bruns*, ed. Hirschfeld-Eddy-Stiftung, 2012, pp. 92ss. K. GRÖGER, *Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2010, pp. 199ss. N. BAMFORTH, *Families but not (yet) marriages? Same-sex partnership and the developing of European Convention "margin of appreciation"*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2011, pp. 132ss. L. HODSON, *Loveday: Ties that bind: Towards a child-centred approach to lesbian, gay, bi-sexual and transgender families under the ECHR*, in *International Journal of Children's Rights*, 2012, pp. 504, according to the author: "(...) it cannot be in the best interest of (...) children to leave their important relationships of care outside of the legal framework of rights and responsibilities that are specifically designed to protect their interests simply on the basis of their parent's sexual orientation or gender identity (...)". L. HOLNING, *Rewriting Schalk and Kopf: Shifting the locus of deference*, in E. BREMS (ed.), *Diversity and European human rights: Rewriting judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2013, pp. 247ss. J. SULLIVAN, *Closed material procedures and the right to a fair trial*, in *Maryland Journal of International Law*, 2014, pp. 270ss. M. SAEZ, *Same-sex marriage, same-sex cohabitation, and same-sex families around the world: Why "same" is so different?*, in *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, 2011, pp. 18ss. C.E. SMITH, *Equal protection for children of same-sex parents*, in *Washington University Law Review*, 2013, pp. 1590ss. R. BUTTERFIELD ISAACSON, *"Teachable moments": The use of child-centered arguments in the same-sex marriage debate*, in *California Law Review*, 2010, pp. 124ss. Y.L. HILLEL, *Resolving interstate conflicts over same-sex non-marriage*, in *Florida Law Review*, 2011, pp. 48ss.

⁷⁹ See the cases of the ECtHR: *Daróczy v. Hungary* of 1st July 2008; *Cusan and Fazzo v. Italy* of 7 January 2014, par. 55ss.

⁸⁰ See, F. NIEDRIST, *Las cláusulas de los derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011. In particular the author declared that: "(...) supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, afectando el sentido y alcance de la soberanía estatal. Así se bosqueja una nueva estructura de poder supranacional y supraestatal, generándose un orden público internacional y supraestatal cada día más evidente. Este tiene como sujeto básico la dignidad de la persona y tiene como fin el reconocimiento, garantía y promoción efectiva de los derechos humanos, tal como los ha definido la comunidad internacional y los órganos reguladores de los sistemas de protección del Derecho Internacional de los derechos humanos (...)". I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Libre circulación de personas y derecho internacional privado: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 106-126

patibility with European law of a Member State's refusal based on its rules of private international law has been established to recognize the name given to a person in another Member State and registered in the civil status registers of that State⁸¹. Judges are therefore based on relations between States adopting different material solutions and different linking criteria⁸². Failing to protect the former, the second was hindered, and in that case the Court tried to bring both aspects of personality and freedom of movement into line. In fact, the case law of the Court of Justice, which does not recognize a criterion of prevalence among (plural) citizenship possessed by a person, as in the case of the Court of Justice *Hadadj v. France* C-168/08 of 16 July 2009, admitted that the latter could freely choose between them. The principle of freedom can be extended even by the judgment in *Grunkin and Paul*, in which the person concerned had a single nationality⁸³ and in the case of the positive conflict of the laws of habitual residence⁸⁴ and citizenship⁸⁵, the choice is still to be met by the interested parties, in this case reaffirming the principle of autonomy⁸⁶ which best suits its interests, one of the corollary principles of private international law⁸⁷.

III. Interpretation of the rules of private international law by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union

14. In the Brussels system concerning jurisdiction and the recognition of judgments⁸⁸, an element that could squeeze the margin of appreciation⁸⁹ could be the need for the circulation of judgments.

⁸¹ D. HENICH, *Anerkennung statt IPR: eine Grundsatzfrage*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2005, pp. 423ss. H. P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen Privatrechts*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2006, pp. 652ss. B. HESS, *La influencia del Tribunal europeo de derechos humanos en el derecho procesal civil europeo*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2015, pp. 35ss. M.L. NIBOYET, Y.M. SERINET, *L'action en justice: comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne*, in E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIEU, E. JEULAND, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, in *Institut de recherche juridique de la Sorbonne-IRJS Éditions*, 2013, pp. 88ss.

⁸² L. MCCONNELL, *Extracting accountability from non-State actors in international law. Assessing the scope for direct regulation*, ed. Routledge, 2016, pp. 106ss.

⁸³ See the cases from the ECtHR: *Slivenko v. Latvia* of 23 January 2003; *Genovese v. Malta* of 11 October 2011, par. 29, 33.

⁸⁴ See in particular: B. RENTSCH, *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, ed. M. Siebeck, 2017.

⁸⁵ D. BAETGE, *Habitual residence*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of European private law*, op. cit.,

⁸⁶ C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe international entre libéralisme et étatismes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013. A. DIDUCK, *Autonomy and vulnerability in family law: The missing link*, in J. WALLBANK, J. HERRING, *Vulnerabilities, case and family law*, ed. Routledge, 2014, pp. 96ss. J. GARRUTHERS, *Party autonomy in the legal Regulation of adult relationships: What place for party choice in private international law?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012, pp. 882ss. S. FULLI-LEMAIRE, *L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille*, in M. A. PARRA LUCÁN, *Derecho y autonomía privada. Una visión comparada e interdisciplinar*, ed. Comares, 2017. C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé un principe universel entre libéralisme et étatismes*, ed. Brill, 2017. A. BUCHER, F. GUILLAUME, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2017, pp. 156ss. L. PEREZNIETO CASTRO, *La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado*, in *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado*, 2016.

⁸⁷ L. CARBALLO PIÑEIRO, X.E. KRAMER, *The role of private international law in contemporary society: Global governance as a challenge*, in *Erasmus law review*, 2014. D. MARTINY, *The impact of the European Union private international law instruments on European family law*, in J.M. SCHERPE, *European family law*, op. cit., pp. 262ss.

⁸⁸ See, D. LIAKOPOULOS, *Recognition and enforcement of foreign sentences in European Union context: The Italian and German private international law cases*, in *International and European Union Legal Matters, working paper series*, 2010.

⁸⁹ See in argument: A. LEGG, *The margin of appreciation in international human rights law: Deference and proportionality*, Oxford University Press, 2012, pp. 61ss. S. PEERS, *Taking rights away? Limitations and derogations*, in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, law and policy, Essays in European Law*, Hart Publishing, 2004, pp. 141, 169; The author declared that: "(...) the margin of appreciation is a concept designed by an international Court with plenary jurisdiction over human rights issues to take account of highly diverse situations, and has no role within a legal order with the different objectives characterized by limited competences and the goal of approximating the legislation and policy of its Member States in those areas (...)". See in argument: F. J. MENA PARRAS, *Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015. J. GERARDS, *Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine*, in *European Law Journal*, 2011, pp. 82ss. D. SPIELMANN, *Allowing the right margin: The European Court of Human Rights and*

This is a priority to which the work of the EU institutions is responsible, including the Court of Justice in defending the area of freedom, security and justice⁹⁰ and to pursue the objective of integration between the Member States laws⁹¹. This means that the Court of Justice follows a restrictive interpretation of the balance between human rights guarantees and the rules of the EU private international law system⁹², taking into account the fundamental principle of mutual trust between the Member States and the equivalence of the effects of the application of the rules of either of the other Member States or of the exercise of jurisdiction by the judges of one or other country⁹³. This spirit justifies the gradual decline in the execution of the verification powers, which in principle remain a prerogative of the judge of origin⁹⁴, while accepting the exception of the public order limit is a safeguard clause in the Regulations on private international law and is justified only in extreme cases. Its relevance is subject to certain conditions as if

the national margin of appreciation doctrine: Waiver or subsidiarity of european review?, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, pp. 382ss. K. DZEHTSIAROU, *Does consensus matter? Legitimacy of european consensus in the case law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, pp. 534ss. M. FOROWICZ, *The ricochets of convergence in EU Law and the ECHR: Much ado about the margins of appreciation?*, in S. BESSON, N. LEVRAT, E. CLERC (eds), *Interprétation en droit européen/Interpretation in European Law*, ed. Schulthess, 2011, pp. 102ss. S. WEATHERILL, *Can there be common interpretation of european private law?*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 2014. N.L. AROLD LORENZA, X. GROUSSOT, G. THOR PETURSSON, *The European Human Rights culture-A aaradox of human rights protection in Europe?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 72ss. O. POLLICINO, *A further argument in favour of the construction of a general theory of the domestic impact of jurisprudential supranational law. The genesis and the first steps of ECHR and EU legal orders*, in *Comparative Law Review*, 2012, pp. 4ss. M. CLAES, M. DE VISSER, *The Court of Justice as a Federal Constitutional Court: A comparative perspective*, in E. CLOOTS, G. DE BAERE, S. SOTTIAUX (eds.), *Federalism in the European Union*, Hart Publishing, 2012, pp. 84ss. C. MCGRUDDEN, *Using comparative reasoning in human rights adjudication: The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights compared*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, pp. 390ss. F. FABBRINI, *Fundamental rights in Europe: Challenges and transformations in comparative perspective*, Oxford University Press, 2014, pp. 30ss. A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of rights in the European Union: A theory of supranational adjudication*, Oxford University Press, 2009, pp. 72ss. M. FICHERA, E. HERLIN-KARNELL, *The margin of appreciation test and balancing in the Area of Freedom Security and Justice: A proportionate answer for a Europe of rights?*, in *European Public Law*, 2013, pp. 780ss. K. LENAERTS, *The Court's outer and inner selves: Exploring the external and internal legitimacy of the European Court of Justice*, in M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN, G. STRAETMANS (eds.), *Judging Europe's judges: The legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, pp. 15ss. C. NIVARD, *Marge nationale d'appréciation et pluralisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg*, in M. LEVINET, *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, ed. Bruylant, 2010, pp. 170ss. E. BREMS, *Towards an integrated view on multilayered human rights*, in *Journal Européen Des Droits de L'Homme/European Journal of Human Rights*, 2014. D. LIAKOPOULOS, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and European Union Legal Matters*, 2014. J. KRATOCHVÍL, *The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 325ss. J. GERARDS, *Diverging fundamental rights standards and the role of the European Court of Human Rights*, in M. CLAES, M. DE VISSER, (eds.), *Constructing european constitutional law*, Hart publishing, 2015. J.H. MENA GERARDS, *Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine*, in *European Law Journal*, 2011, pp. 82ss. K. DZEHTSIAROU, *Does consensus matter? Legitimacy of european consensus in the case law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, pp. 534ss. M.FOROWICZ, *The ricochets of convergence in EU Law and the ECHR: Much ado about the margins of appreciation?*, in S. BESSON, N. LEVRAT, E. CLERC (eds), *Interprétation en droit européen/Interpretation in European Law*, ed. Schulthess, 2011, pp. 102ss. C. MCCRUDDEN, *Using comparative reasoning in human rights adjudication: The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights compared*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, pp. 390ss.

⁹⁰ J. DE ZWAAN, *The new governance of justice and home affairs: Towards further supranationalism*, in S. WOLFF, F.A.N.J. GOUDAPPEL, J. W. DE ZWAAN, (eds) *Freedom, security and justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, 2011, pp. 25ss. G. DE BURCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, pp. 169ss. D.A. ARCARAZO, C.C. MURPHY (ed.), *EU security and justice law after Lisbon and Stockholm*, Hart Publishing, 2014, pp. 66ss. V. TRSTENJAK, E. BEYSEN, *The growing overlap of fundamental freedoms and fundamental rights in the case-law of the CJEU*, in *European Law Review*, 2013, pp. 293ss where the authors consider the "(...) overlap of fundamental freedoms and fundamental rights (...) in the application and observance" of fundamental rights (...)" . K. LENAERTS, *The principle of mutual recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, pp. 528ss.

⁹¹ M. BOGDAN, U. MAUNSBACH, *European Union private international law: An ECJ casebook*, Edward Elgar Publishing, 2012. G. VANCALSTER, *European private international law*, Hart Publishing, 2016.

⁹² R.M. MOURA RAMOS, *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*, ed. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 240ss.

⁹³ See in argument: R. GARNETT, *Substance and procedure in private international law*, Oxford University Press, 2012. J. DEVENNEY, *The transformation of european private law. Harmonisation, consolidation, codification or chaos?*, Cambridge University Press, 2013.

⁹⁴ See the case from the Court of Justice: *J.McB*, C-400/10 PPU of 5 October 2010, par. 59.

the decision was rendered in default; that the document instituting the proceedings has not been notified in good time⁹⁵, the rights of the defense must be guaranteed if the defendant has had a procedural conduct consisting in bringing the case to judgment and arguing for its own merits. Decisive is the fact that decisions produce mutually exclusive legal effects. Positions verified by *Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd* of 6 September 2012 where the Court of Justice has taken a position in relation to the limit of public order and the recognition of a judgment issued in another Member State, given the failure to state reasons of the judge of origin⁹⁶; thus allowing it to decide: it is for the referring Court to test and evaluate with “global means”⁹⁷ the procedure and the relevant elements, and above all, if the decision to recognize involves “a manifest and defective injury to the defendant's right to a fair trial”⁹⁸, because of the inability to appeal against this decision in a useful and effective way⁹⁹. By the judgment in *Gothaer Allgemeine Versicherung AG and others v. Samskip GmbH* C-456/11 of 15 November 2012 the Court of Justice has resolved the question of its jurisdiction in relations with other Member States. The Court has based itself on the Brussels system to recognize the external relevance of the judicial decision on jurisdiction and, in addition to the operative part of the judgment, the “reasoning of it, which constitutes the necessary foundation of the measure and, in fact, is indissociable from the latter (...)”¹⁰⁰.

15. Both the European Court of Justice and the Court of justice have followed different ways in their assessment but with similar results as to the compatibility of the judge in applying a rule in international private law and human rights¹⁰¹. The Charter of Fundamental Rights, in which the principles set out in the ECHR have been reproduced and formulated in more detail by incorporating fundamental rights as an integral part of the EU system, is capable of deeply affecting the interpretation and application of rules relating to space security, justice and freedom¹⁰². The Court must interpret the rules on

⁹⁵ G. MECARELLI, *La signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe, dix ans après*, in M. DOUCHY-LOUDOT, E. GUINCHARD, *La justice civile européenne en marche*, ed. Dalloz, 2012, pp. 96ss.

⁹⁶ In particular the Court has declared that: “(...) the judgment given in another Member State would be at variance to an unacceptable degree with the legal order of the State in which enforcement is sought inasmuch as it would infringe a fundamental principle (...) to constitute a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the State in which enforcement is sought or of a right recognised as being fundamental within that legal order (...)”.

⁹⁷ See, D. SOLOMON, *Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Privatrecht*, in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, ed. Gruyter, 2012, pp. 257ss.

⁹⁸ See, S. JOSEPH, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, materials, and commentary*, Oxford University Press, 2013. K. GLEDHILL, *Human rights acts: The mechanisms compared*, Hart Publishing, 2015. J. REHMAN, *International human rights law*, ed. Pearson, 2010, pp. 186ss. C. HILLEBRECHT, *The power of human rights Tribunals: Compliance and domestic policy change*, in *European Journal of International Law*, 2014, pp. 1ss. C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, C. H. Beck, 2016. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Warbrich law of the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 2014. C. RAINEY, E. WICKS, B. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014. P. LEANZA, O. PRIDAL, *The right to a fair trial. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 2014. M. DAHLBERG, *It is not its task to act as a Court of fourth instance: The case of ECtHR*, in *European Journal of Legal Studies*, 2014, pp. 86ss. C. MITTELU, *The European Convention on human rights*, Danubius University Press, (EIRP Proceedings), 2015. P. GILIAUX, *Droits européens à un procès équitable*, ed. Bruylant, 2012. B. LAVERGNE, M. MEZAGUER, *Regards sur le droit au procès équitable*, in *Institut Fédératif des Normes Juridiques*, Université Toulouse I, 2012.

⁹⁹ According to the Court of Justice the judge of *exequatur* under art. 34, par. 1 of Regulation n. 44/2001, is competent to verify the consistency between the information contained in the attestation of the Court of origin and the evidence: “(...) Whereas Art. 6, par. 1 ECtHR-corresponding to art. 47 of the Charter-has been interpreted by the ECtHR as requiring national Courts to state the reasons for the case, it should be possible for the referring Court to comply with Article. 34, par. 1 of the Rules of Procedure refuse to recognize a foreign decision disregarding that obligation (...)”. There is an important case-law on compliance with the principles of the fair trial: as regards the configurability of the public order limit in the event of non-compliance with the contradiction see, inter alia, the *Gambazzi* case (judgment of 2 April 2009, C-394/07); with regard to the need to ensure effective judicial protection see also the *Alassini* case (judgment of 18 March 2010, cases C-317-320/08).

¹⁰⁰ T. HARTLEY, *Civil jurisdiction and judgments in Europe. The Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague choice of Court Convention*, Oxford University Press, 2017.

¹⁰¹ C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, *EU Compendium. Fundamental rights and private law*, Sellier European Law Publishers, 2010, pp. 17ss.

¹⁰² See in particular: J.C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge University Press, 2010, pp. 190ss. K. LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *The International & Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 258ss. E. HERLIN-KARNELL, *Constitutional principles in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, in D. ACOSTA, C. MURPHY (eds), *EU security and justice law*, Hart Publishing, 2014, pp. 38ss. J.

the judicial area not only in the light of the principle of the free movement of judgments, but also of the principles enshrined in the Charter, including the respect of defense guarantees during the proceedings in the country of origin (art. 48 (2))¹⁰³.

16. If the Court complies with the ruling by the Court of Justice, the European Court demonstrates its willingness to reject the appeal for breach of the ECHR rules¹⁰⁴. This can be explained by the importance of the Charter's principles in the pre-litigation procedure before the Court of Justice. Thus, the European Court in the case of *Povse v. Austria* of 18 June 2013 found that the action brought by the Austrian Court on the return of a minor issued by the Italian judicial authorities pursuant to Regulation n. 2201/2003 "on jurisdiction, recognition and enforcement"¹⁰⁵ as inadmissible of decisions on matrimonial matters and parental responsibility (Brussels II-bis)¹⁰⁶. In the case of matrimonial matters and parental responsibility¹⁰⁷ see also the case: *M.C.B v. L.E.* C-400/10 PPU of 5 October 2010 the CJEU which confirmed that: "(...) it was able to take account of the Charter when interpreting Brussels II Regulation (...) the Charter should apply if *mutatis mutandis* with the ECtHR (...)"¹⁰⁸. Of the same spirit in cases: *Purrucker I* C-256/09 of

Menendez, *The existential crises of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, pp. 455ss. J. NEYER, *The justification of Europe, a political theory of supranational integration*, Oxford University Press, 2012. M. FICHERA, E. HERLIN-KARNELL, *The margin of appreciation test and balancing in the Area of Freedom Security and Justice: A proportionate answer for a Europe of rights?*, op. cit., pp. 762ss. L. PAILLER, *Le respect de la Charte de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, ed. Pedone, 2017. J. FAWCETT, S. SHAH, M. SHUILLEABHAIN, *Human rights and private international law*, Oxford University Press, 2016. L. BURGORGUE-LARSEN, *La Charte des droits fondamentaux saisie per les juges en Europe*, ed. Pedone, 2017. L. COUTRON, C. PICHERAL, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

¹⁰³ See also the passage contained in *J. McB*, case above in para. 53: "(...) It turns out, then, from Art. 52, n. (3) of the Charter, where the latter contains rights equivalent to those guaranteed by the ECHR, the meaning and scope of the Charter are the same as those conferred on them by that Convention. That provision does not, however, preclude that Union law gives greater protection. Under the terms of art. 7 of the same Charter, any person has the right to respect for his private and family life, his domicile and his communications. The text of art. 8, n. 1 of the ECtHR is identical to that of Art. 7, except for the fact that it uses the word "own correspondence" instead of "own communications". That being said, it must be held that that art. 7 contains rights equivalent to those conferred by art. 8, n. 1 of the ECtHR. It is therefore necessary to attribute to art. 7 of the Charter the same meaning and scope as are conferred on art. 8, n. 1 of the ECHR in its interpretation of the case law of the European Court of Human Rights (...)" In argument: S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The European Union Charter of fundamental rights. A Commentary*, C.H. Beck, Hart Publishing & Nomos, 2014. H. KELLER, *Article 8 in the system of the Convention*, in A. BÜCHLER, H. KELLER, *Family forms and parenthood*, ed. Intersentia, 2016, pp. 28ss. J. MEYER, *Charta der Grundrecht der Europäischen Union*, ed. Nomos, 2014. L. COUTRON, C. PICHERAL, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

¹⁰⁴ A. TIZZANO, A. ROSAS, R. SILVA DE LAPUERTA, K. LENAERTS, J. KOKOTT (a cura di), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, ed. Bruylant, 2015.

¹⁰⁵ W. VAN BALLEGOOI, *The nature of mutual recognition in European law*, ed. Intersentia, 2015.

¹⁰⁶ In particular see the next cases from the Court of Justice: *OL v. PQ* C-111/17 PPU of 14 July 2017; *W and V v. X* C-499/15 of 15 February 2017; *Bradbrooke v. A. Aleksandrovic-zovej* C-498/14 PPU of 9 January 2015. J. BASEDOW, I. MEIER, A.K. SCHNYDER, T. EINHORN, T. GIRSBERGER, *Private law in the international arena. From national conflicts rules towards harmonization and unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 739ss. G.P. ROMANO, *Conflicts between parents and between legal orders in respect of parental responsibility*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, pp. 130ss. M. SATTLER, *The problem of parental relocation: Closing the loophole in the law of international child abduction*, in *Washington & Lee Law Review*, 2010, pp. 1710ss. J. FERRER Í. RIBA, *Parental responsibility*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of European private law*, op. cit.

¹⁰⁷ See also: Doc. 14435 of 30 October 2017 entitled: Cross-border parental responsibility conflicts Report1 Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development. The above relation noticed that: "(...) in relation to Resolution 2079 (2015) "Equality and shared parental responsibility: the role of fathers", the best interests of the child must come first, also in parental authority (...) the committee wishes to emphasise that a parent's right to shared parental responsibility, joint custody or shared residence for a child can never supersede the rights of the child concerned. Every child has the right not to be separated from his or her parents, and to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests. A child who is capable of forming his or her own views also has the right to express those views freely in all matters affecting him or her, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. It is thus not sufficient for parents themselves or the competent courts to determine how parental responsibility, custody or the child's residences are to be shared-the views of the child concerned must be taken into account and his or her best interests must be given primacy (...)"

¹⁰⁸ See, S. BARRIATI, *Cases and materials on EU private international law*, Hart Publishing, 2011, pp. 193ss. J.M. SCHERBE, *European family law. The impact of Institutions and Organisations on European family law*, Edward Elgar Publishing, 2016.

15 July 2010 and *Purrucker II* C-296/10 of 9 November 2010, where the Court of Justice has recognized the opportunity: “(...) not to subordinate the decision on the return to the substance of the case, even if the first one is preceded by the latter where the Court deems it appropriate, for example for the hearing of the child or a full acquisition of evidence (...) it should be pointed out that the assessment of the jurisdiction by the Court of the Member State of enforcement in the case of a decision containing a provisional measure is not contrary to the prohibition of reviewing the jurisdiction. Before issuing the declaration of enforceability the Court seized still needs to verify whether the judgment falls under the scope of application of the Regulation”¹⁰⁹. Therefore, the Court of justice is at the non return path adopted by the Refugee judge, which according to recital n. 30: “(...) may be replaced by a subsequent decision rendered in custody, after a thorough examination of the child's best interests, by the Courts of the Member State of the child's habitual residence¹¹⁰ before his or her unlawful transfer or non return (...)”¹¹¹. Obviously, in the field of parental responsibility, the driver is the child's interest, leaving a wide margin of appreciation¹¹² to the judge that in the field of *forums non conveniens*¹¹³ creates a lot of problems¹¹⁴.

17. They are less concerned with the changes introduced on the subject of separation and divorce¹¹⁵ but are not indifferent to the evolution of the notion of the family claiming that the fundamental principles of any democratic order are safeguarded. The European Court held that the conduct of the Court was in line with what the Court of Justice had ruled in a previous preliminary ruling on the same case, in the sense that the automatic mode of play (automatically come into play/*gebieteerisch aufdrängen*)¹¹⁶ was instrumental in respect of better protection of the interests of the child¹¹⁷, and considered that “(...) EU law is capable of ensuring equivalent protection, although not identical, to that provided by the ECHR (...)”¹¹⁸. This approach is consistent with the ECtHR self restraint principle of exercising a trade union on behavior of Member States considered legitimate in the light of EU law¹¹⁹ and as was envisaged by the interpretative pronouncement

¹⁰⁹ T. GARBER, *EU-Unterhaltsverordnung*, in J. KINDL, C. MELLER-HANNICH, H.J. WOLF (eds) *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, ed. Nomos, 2015.

¹¹⁰ J. ATKINSON, *The meaning of "habitual residence" under the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction and the Hague Convention on the protection of children*, in *Oklahoma Law Review*, 2017, pp. 648ss.

¹¹¹ T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Kommentar*, Band I, Brüssel Ia-Vo. Otto Schmidt Verlag KG, 2016, pp. 1157ss.

¹¹² D. LIAKOPOULOS, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and European Union Legal Matters*, 2014, pp. 22ss.

¹¹³ See in particular: R.A. BRAND, S.R. JABLONSKI, *Forum non conveniens: History global practice and future under the Hague Convention on choice of Court agreements*, Oxford University Press, 2007, pp. 148ss. B. WORKMAN, *Deference to the plaintiff in forum non conveniens cases*, in *Fordham Law Review*, 2017, pp. 874ss. R.A. BRAND, *Challenges to forum non conveniens*, in *New York University of Journal of International Law & Politics*, 2013, pp. 1005ss. C.A. WHYTOCK, *Some cautionary notes on the "chevronization" of transnational litigation*, in *Stanford Journal of Complex Litigation*, 2013, pp. 468ss. B.J. SPRINGER, *An inconvenient truth: How forum non conveniens doctrine allows defendants to escape State Court jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, pp. 618ss. O. FRISHMAN, *Should Courts fear transnational engagement?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, pp. 102ss.

¹¹⁴ See in argument: M. BOGDAN, *Private international law as component of the law of the forum*, in *Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2010, pp. 12ss

¹¹⁵ A. DEVERS, M. FARGE, *Le nouveau droit international privé du divorce: à propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce*, in *La Semaine Juridique-Edition générale*, 2012, pp. 1277ss. P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Y. LOUSSOUAR, *Droit international privé* (10e édition), ed. Dalloz-Precis Dalloz, 2013

¹¹⁶ See, Bundestrafgericht 30 March 2009, BG.2008.22 and BGE 119 IV 250.

¹¹⁷ See the case of 1st July 2010, in case *D. Povse v. M. Alpagó* C-211/10 PPU if 1st July 2010 and especially the par. 64. the interpretation of reserve of judge of origin is founded in the next case, too: *Aguirre Zarraga v. Pelz* C-491/10 PPU of 22 December 2010.

¹¹⁸ P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

¹¹⁹ The expression of this principle is founded in the case: *Bosphorus Hava Yollari Turizim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* of 30 June 2005. See in argument: K. KUHNERT, *Bosphorus double standards in european human rights protection?*, in *Utrecht Law Review*, 2006, pp. 170ss. F. SCHORKOPF, *The European Court of Human Rights judgment in the case of Bosphorus Hava Yollari Turizim v. Ireland*, in *German Law Journal*, 2005, pp. 1256ss. T. LOCK, *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights case law in the responsibility of Member States of international organizations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, pp. 530ss. C. COSTELLO, *The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental rights and blurred boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 88ss. S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL, *The EU Charter of fundamental rights as a binding instrument: Five years old and*

of the *Cilfit* judgment (Srl CILFIT and *Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health* 283/81 of 06 October 1981) where the Court has stated “(...) any provision of Community law must be relied on its own context and interpreted in the light of all the provisions of that right, its aims and its evolution stage at the time when the application of the provision in question is adopted (...) of the terms of a provision of European Union law which does not contain any express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and its scope must normally be an autonomous and uniform interpretation throughout the European Union, taking into account the context of the provision and the purpose pursued by the legislation in question (...)”¹²⁰. By its judgment in *Krombach v. France* C-7/98 of 28 March 2000 of the Court of Justice the right of the German Court to refuse recognition of a judgment rendered in France was based on a procedural rule which penalized the defendant, preventing him from pursuing his defense if he had not submitted himself in the process. The judgment of the Court of Justice did not bind the Court to a particular solution to the case (in reality, not to recognize the foreign judgment) but to rule out the non recognition of a breach of the Brussels if, in the Court's view there was a manifest incompatibility of the proceedings before the foreign Court with the fundamental safeguards of the defense. In the same case, the ECtHR, by judgment of 13 February 2001, sentenced France for failing to allow the accused to appear in Court under the French Code of Criminal Procedure, which deprived the defendant of the defense in judgment when an alleged crime was being challenged. The Court of Justice referred to the case law of the European Court of Human Rights in defining the refusal to hear the defense of an accused absent from the hearing as a “manifest violation of a fundamental right”¹²¹.

18. Within this framework, we can understand through the above mentioned jurisprudence that not only the fundamental “classical” rights can be considered as recognized by the European Convention on Human Rights, but freedom of movement and social rights must also be taken into account. Just think about the *Laval* cases¹²² and *Viking* of the Court of Justice C-438/05 of 11 December 2007¹²³; *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet* C-341/05 of 8 December 2007 in which there was a conflict between the right to strike and the freedom to provide services, which from the point of view of fundamental rights may correspond with economic initiative. The Court of Justice also refers to the case *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich* C-112/00 of 12 June 2003 which saw the right of expression and assembly and the free movement of goods as apposed to the Court of Justice in the case of *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* C-36/02 C-36/02 of 14 October 2004 which likewise deals with commercial freedom. In this case, the Court of Justice did not rely solely on a general discussion of the free movement of services, but more was based on the relationship between a fundamental human right emphasized in a Member State (dignity) and the free providing services so as to find the link criteria that can simultaneously protect the various conflicting rights¹²⁴.

grooming, Hart Publishing, 2015, pp. 32ss. J. NEGRELIOUS, E. KRISTOFFERSSON, *Human rights in contemporary European law*, Hart Publishing, 2015, pp. 17ss. C. BÜYÜKBAY, D. ERTIN, *EU-Skeptizismus am Bosphorus?*, in *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 2017, n. 2.

¹²⁰ See, L. AZOULAI, *The part of future of EU law: The classics of EU law revisited on the 50th Anniversary of the Rome treaty*, Oxford University Press, 2010. G. BECK, *The legal reasoning of the European Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, 2012. K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice*, in *EUI Working Papers*, 2013. J. D. LÜTTRINGHAUS, *Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 32ss.

¹²¹ Par. 40 of the case *Krombach v. A. Bambarski* of the Court of Justice C-7/98 of 28 March 2000. J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges par la liberté*, ed. Dalloz, 2017.

¹²² *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* C-438/05 of 11 December 2007. M. MÖRK, *An end to the possibilities-on horizontal liability in Laval and the limits of judicial rights protection*, in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERHILL, *The protection of fundamental rights in the EU after Lisbon*, Oxford University press, 2013, pp. 120ss.

¹²³ D. LIAKOPOULOS, *Balance between social rights and economic freedoms in the EU case law*, in *International and European Union Legal Matters, working paper series*, 2011, pp. 26ss.

¹²⁴ S. SYMEONIDES, *Codifying choice of law around the world*, Oxford University Press, 2014, pp. 348ss. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice*, in L. D'AVOUT, D. BUREAU, H. MUIR-WATT (a cura di), *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Lextenso editions, 2014, pp. 304ss. D. LIAKOPOULOS, *Balance between social rights and economic freedoms in the EU case law*,

19. The linkage criterion used may be rigid but correct through the proximity principle as an exception clause to ensure a always significant link in the relationship economy and on the concrete case¹²⁵. The clause could be both general as a form of adaptation to rigid rules, following a step by step policy to avoid fragmentation of rules (*Gefahr der Rechtszersplitterung*)¹²⁶ as it happens in fact also in art. 15 of the Swiss Private International law, art. 8 of the Dutch Law, in art. 3 of the Macedonian law of 1999, art. 5 of Slovenian code of 1999, in art. 1 of Austrian statutes, in part 4, par. 1 of the Belgian code of 2004, in art. 6 of German code; in art. 2 of Greek code is special (clause of exception/*Ausweich-klausel*) and established for certain particular circumstances¹²⁷. The logic of proximity in the case of the transfer of jurisdiction to the organs of the Member State of the law chosen according to the will of the latter and its assessment of the private will creates a certain “rupture” towards the unification of the discipline of international jurisdiction¹²⁸, despite the fact that it was provided for in art. 4 of that Regulation n. 650/2012¹²⁹. The clause can also be used to achieve material goals. Such a clause is also envisaged under Regulation “Rome I”¹³⁰, as an international privatization solution that will surely bring the expectations of the parties and respects the place where the relationship is located¹³¹; as well as in Regulation

op. cit., pp. 38ss.

¹²⁵ A. ABBASI, H. BAZRPACH, *Distinction between exception clause and exemption clause*, in *International Journal of Humanities and Cultural Studies*, 2016, pp. 1908ss.

¹²⁶ S.M. BOUYAHHA, *La proximité en droit international privé de la famille*, ed. L'Harmattan, 2015.

¹²⁷ S. DANNEMANN, *Accidental discrimination in the conflict of laws: Applying considering and adjusting rules from different jurisdictions*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 113ss. P. HOVAGUIMIAN, *The enforcement of foreign judgments under Brussels I bis: false alarms and real concerns*, in *Journal of Private International Law*, 2015, pp. 214ss. T. KRUGER, *The disorderly infiltration of EU law in civil procedure*, in *Netherlands International Law Review*, 2016, pp. 4ss.

¹²⁸ G. RÜHL, *Who's afraid of comparative law? The (side) effects of unification of private international law in Europe*, in *European Review of Private Law*, 2017, pp. 486ss.

¹²⁹ See also: Z. CRESPI REGHIZZI, *Succession and property rights in EU Regulation No. 650/2012*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, n. 3. S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, *Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, pp. 373ss. I.A. CALVO VIDAL (ed.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, ed. Marcial Pons, 2014, pp. 46ss. S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, *El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones y la remisión a un sistema plurilegislativo: Algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos*, in *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 12ss. R. ARENAS GARCÍA, *El Reglamento 650/2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions mortis causa i a la creació d'un certificat successori europeu*, in *Revista Catalana de Dret Privat*, 2015, pp. 18ss. U. BERGQUIST et al., *EU Regulation on succession and wills*, ed. Otto Schimidt, 2015, pp. 54ss. A. BONOMI, P. WAUTELET et. al., *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015. M.P. DIAGO DIAGO, *El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual*, in *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, 2014, pp. 52ss. A. FONT I SEGURA, *La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones*, in I.A. CALVO VIDAL (ed.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, ed. Marcial Pons, 2014, pp. 78ss. J.L. GLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 62ss. G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD, *Droit européen des successions internationales. Règlement du 4 juillet 2012*, ed. Defrénois, 2013. D.A. POPESCU, *Guide de droit international privé des successions*, ed. Magic Print, 2014. P. QUINZÁ REDONDO, G. CHRISTANDL, *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, in *Indret*, 2013, pp. 8ss. F.M. WILKE, *Das international Esbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, pp. 605ss. A. WYSOCKA, *How can a valid profession iuris be made under the UE Succession Regulation?*, in *Nederlands international privaatrecht*, 2012, pp. 572ss.

¹³⁰ V. BEHR, *Rome I Regulation a mostly-unified private international law of contractual relationships within-most-of the European Union*, in *Journal of Law and Commerce*, 2011, pp. 238ss. X.E. KRAMER, *The interaction between Rome I and mandatory European Union private rules-EPIL and EPL: Communicating vessels?*, in P. STONE, Y. FARAH, *Research Handbook on European Union private international law*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 250ss. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea II*, ed. Comares, 2017, pp. 106ss.

¹³¹ See in argument the next cases from the Court of Justice: *Intercontainer Interfrigo v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV* C-133/08 of 6 October 2009; *Heiko Koelzsch v. Luxemburg* C-29/10 of 15 March 2011; *Anton Schlecker v. Melita Josefa Boedeker* C-64/12 of 12 September 2012; *Haeger & Schmidt v. GmbH v. Mutuelles du Man Assurance* C-305/12 of 23 October 2014; *Ergo Insurance v. P & C Insurance and Gjensidige Baltic AAS* joined cases: C-359/14 and C-475/14 of 21 January 2016; *KA Finanz AG v. Spaarkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group* C-483/14 of 21 January of 7 April 2016. See: J. KRUIT, *General average, legal basis and applicable law: The overrated significance of the York-Antwerp rules*, Paris Legal Publishers, 2017, pp. 223ss. A. MILINIS, K. PRANEVIČIENĖ, *Conditions and circumstances which lead to application to the Court of Justice of the European Union and adoption of a preliminary ruling*, in *Baltic Journal of Law and Politics*, 2016. A. VANHOEK, M. HOUWERZIJL, *Posting and posted workers: The need for clear definitions of two key concept of the posting of*

n. 864/2007 (Rome II)¹³² both in the place where the *locus actus* was generated and in the place where the damage event occurred (*locus damni*)¹³³. When a single action corresponds to a plurality of events located in different States, the multistate delicts is the linkage criterion provided by the rule in question that will lead to a *dépeçage* of the case with the consequent application of a plurality of different laws to each of the events. In such a case, it is necessary to consider that the division of the case also acts in the sense of disrupting the conduct of the agent in a way that such behavior must be assessed for each event under the law applicable to the latter¹³⁴. The agent will thus be able to respond to certain events generated by his conduct while he may not have to answer in relation to other events so that the conduct of that anti juridical subject can be considered in a particular order and conforms to the law in another as we have also seen through the judgment of the Court of Justice in the case *Fiona Shevill and others v. Alliance SA* C-68/93 of 7 March 1994¹³⁵ and *eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez v. NGN Limited*, joined cases: C-509/09 and C-161/10 of 25 October 2011 the principles established by the case law also apply to the interpretation of the concept of a relevant event for the determination of applicable law. This is the *Mosaiktheorie* which, according to the Court, applied to the jurisdiction of defamatory offenses¹³⁶. The Court of Justice by means of the *Dumez France SA y Tracoba Sarl v. Hessische Landesbank y otros* C-220/88 of 11 October 1990; *A. Marinari v. Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company* C-364/93 of 19 September 1995; *R. Kronhofer v. Marianne Maier and others* C-168/02 of 10 June 2004 stated that no damage was relevant for the purpose of determining the competent *forum* but only where the action: "it has produced its detrimental effects directly to the one who is the immediate victim (...)"¹³⁷.

20. Thus, the equation of the conflicting rule is maintained with respect to the position of the parties and the reasonableness of the use of the rule¹³⁸ according to the safeguard clause that makes the

workers Directive, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2014, pp. 410. U. GRUŠIĆ, *The european private international law of employment*, Cambridge University Press, 2015, pp. 104ss. J. HILL, M. NI SCHÚILEABHÁIN, *Charlson & Hills conflicts of laws*, Oxford University Press, 2016. S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, Oxford University Press, 2016, pp. 375ss. J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, D. DEMIGUEL ASENSI, *Encyclopedia of private international law*, op. cit., pp. 804ss. F. MELIN, *Qualification du contrat de commission et loi applicable*, in *Publiè sur Dalloz actualité*, 17 novembre 2014. S. CORNELOUP, *The impact of EU fundamental rights on private international law*, ed. Nomos, 2016.

¹³² 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). J. AHERN, W. BINCHY, *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, ed. Brill, 2009. G. RÜHL, *Contractual obligations (PIL)*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of european private law*, op. cit., D. EINSELE, *Kapitelmarktrecht und Internationales Privatrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2017.

¹³³ See from the Court of Justice the next cases: *Deo Antoine Homawoo v. GMF Assurances SA*, C-412/10 pf 17 November 2011; *Homawoo v. GMB Assurance SA*. C-412/10 of 17 November 2011; *Andreas Kainz v. Pantherwerke AG*. C-45/13 of 16 January 2014; *Florin Lazar v. Allianz SpA* C-350/14 of 10 December 2015; *Ergo Insurance v. If P&C Insurance AS and Gjensidige Valtic AAS v. PZU Lietuva UAB DK* joined cases C-359/14 and C-475/14 of 21 January 2016. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2010, pp. 288ss. P. HUBER, (ed). *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 460ss. J.V. HEIN, *The contribution of the Rome II Regulation to the communitarisation of private international law*, Oxford University Press, 2009, pp. 74ss. A.L. CALVO CARAVACA, C. CARRASCOA GONZALEZ, *Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2015, pp. 55ss. J. KRUIT, *General average, legal basis and applicable law: The overrated significance of the York-Antwerp rules*, Paris Legal Publishers, 2017, pp. 223ss.

¹³⁴ A. DICHINSON, *The Rome II Regulation. A commentary*, Oxford University Press, 2009, pp. 315ss.

¹³⁵ According to the Court: "(...) the place of the event giving rise to the damage, within the meaning of those judgments, can only be the place where the publisher of the newspaper in question is established, since that is the place where the harmful event originated and from which the libel was issued and put into circulation (...) to the place where the damage occurred (Erfolgsort) (...) the Courts of each Contracting State in which the defamatory publication was distributed and in which the victim claims to have suffered injury to his reputation have jurisdiction to rule on the injury caused in that State to the victim's reputation (...) be settled solely by the national Court seized, applying the substantive law determined by its national conflict of laws rules, provided that the effectiveness of the Convention (...)" See in argument: B. YÜKSEL, *An analysis of the effectiveness of the EU Institutions in making and interpreting European Union private international law Regulations*, in P. BEAUMONT, M. DANOV, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, 2017.

¹³⁶ R.M. PALLITTO, *The "mosaic theory" in individual rights litigation: On the genealogy and expansion of a concept*, in *Richmond Journal of Law and the Public Interests*, 2013, pp. 388ss.

¹³⁷ G. BUSSEUIL, *L'action en réparation du dommage du fait d'un produit défectueux: le difficile équilibre entre harmonisation totale et autonomie procédurale des États membres*, in *Europe*, 2010, pp. 8ss.

¹³⁸ G. LÉGIER, *Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, in *Juris Classeur Pè-*

rules system more flexible by allowing the Court to depart from the codified criteria when it is clear from the obvious circumstances surrounding the country to treat the single case in a more appropriate manner. The clause arises from the need to prevent a too strict application of the criteria leading to situations of iniquity and the Court will be “forced” to overcome the need for uniformity from the legal basis of the Regulation as the essential aspect of the EU framework¹³⁹.

21. No connection criterion is best suited to the principle of proximity to compose the tension that has ever existed in the conflict of laws¹⁴⁰ between the two opposite values of certainty and flexibility¹⁴¹. The history of law conflicts¹⁴² has always been characterized by continuous efforts to reach an acceptable internationally liberalized compromise on mostly contractual matters¹⁴³. The goal is to find the right match between the two needs by correcting the excesses of indeterminacy which can concretely lead to an overly wicked wording of the closer connection principle at the time without clear guidelines that must preside over its application.

IV. Recognition, compatibility of EU standards and enforcement of judgments in the case law of the Strasbourg Court

22. Up to now we have seen that the ECtHR has ruled on the manner in which the national Court rules on the application and interpretation of private international law and the recognition of judgments. However, the European Court could address the very content of the rules of private international law. In such a case, the Court's assessment is compared with that which is entrusted to the Constitutional Court

riodique, 2007, pp. 210ss. A. SCOTT, *The scope of non contractual obligations*, in J. AHERN, J. BINCHY (eds.), *The Rome II. Regulation on the law applicable of non-contractual obligations A new international litigation regime*, ed. Brill, 2009, 58ss. P. RÉMY-CORLAY, *Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans le conflits de lois*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2003, pp. 38ss.

¹³⁹ P. GROLMUND, *Internationales Privat-und Zivilverfahrensrecht der Europäischen Union*, ed. Dike, 2015.

¹⁴⁰ J.P. GEORGE et al., *Conflict of Laws*, in *SMU Law Review*, 2011, pp. 176ss.

¹⁴¹ In particular see the case from the European Court: *Von Hannover v. Germany* of 7 February 2012. The Court held: "(...) especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without objective and reasonable justification (...) it must also be noted that the applicant had been free to choose the application of German law, together with her husband, by notarial certification (...) this description of German law is entirely accurate is perhaps open to doubt (it seems to be based on the ordinary rules of German private international law-Art. 14(4) EGBGB-rather than on the German-Persian treaty which appears to be governing here). Be that as it may, the particular value given to party autonomy is remarkable and quite in line with postmodern thinking (...)". See ex pluribus: L. D'AVOUT, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (eds.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, ed. Pedone, 2010, pp. 166ss. F. MÉLIN, *Droit international privé: droit des conflits de juridiction, droit des conflits de lois, droit de la nationalité, condition des étrangers en France (à jour du règlement (UE) no. 650/2012 applicable le 17 août 2015*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2014. M.C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, Levallois-Perret, ed. Bréal, 2014. F. MONÉGER, *Droit international privé*, ed. LexisNexis, 2015. M.L. NIBOYET, I. REIN LESCA STEREYRES, L. DIMITROV, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2015. T. VIGNAL *Droit international privé*, ed. Sirey, 2014. H. HONSELL (Hrsg.), *Internationales Privatrecht*, Helbing Lichtenhahn, 2013. G. WALTER, T. DOMEI, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz: ein Lehrbuch*, ed. UTB GmbH 2012. A. BRIGGS, *The conflicts of laws*, Oxford University Press., 2013. C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 2011. D. HILL, *Private International Law*, Edinburgh University Press, 2014. P. ROGERSON, *Collier's conflict of laws*, Cambridge University Press, 2013. P. STONE, *Private international law*, Edward Elgar Publishing, 2014. C. BENICKE, *Internationales Privatrecht: Mit den Grundzügen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, ed. Springer, 2013. B. VON HOFFMANN, K. THORN, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, C.H. Beck, 2014. A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, 2015. K. KREBS, *Internationales Privatrecht*, L. Müller Publishers, 2015. B. VERSCHRAGEN, *Internationales Privatrecht: ein systematischer überblick*, ed. Manz, 2012. B. ZÖCHLING-JUD, F. ASPÖCK, *Internationales Privatrecht: allgemeines IPR, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, ed. LexisNexis ARD Orac, 2012. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Almedina, 2014.

¹⁴² See in particular the analysis of D. EARL CHILDRESS III, *International conflict of laws and the new conflicts restatement*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2017, pp. 363ss.

¹⁴³ See, D. LIAKOPOULOS, *Conflicts of law in the European Union law*, in *International and European Union Legal Matters*, 2010, pp. 6ss. V. JEUFNER, *Irresolvable norms conflicts in international law*, Oxford University Press, 2017, pp. 156ss.

in the context of the internal system, but with the structural differences which characterize the type of proceedings and the final judgment, which concludes with the declaratory constitutional illegitimacy¹⁴⁴.

23. The purpose of the European Court in this case is to ensure the safeguarding of human rights in the concrete case and not to the rules considered abstract¹⁴⁵, that is to say those rules which may fall within the scope of the Court's verification, where the Court appointed to apply them has no discretion and can not rely on the public order limit to avoid their application. In case *Marco Gambazzi v. Daimler Chrysler* C-394/07 of 2 April 2009 the Court affirmed: "(...) that the balance to be struck between fundamental rights and public policy was to ensure that the objectives (...) corresponded with the public interest pursued (and were not) disproportionate (...)"¹⁴⁶. Recipients of the judgment of the European Court of Human Rights may be in such cases bodies with legislative powers, which are obliged to provide, as stated in the Court's judgment¹⁴⁷. In the case of *Scordino v. Italy* of 29 March 2006, the European Court of Human Rights sanctioned the legislator's conduct with regard to the rules for the application of the compensation rules, which involved the infringement of art. 6 ECHR¹⁴⁸, and indicated to the legislator the measures to be taken¹⁴⁹, proclaiming that: "(...) there is an obligation for States to make their own order compatible with the Convention on Human Rights and to eliminate all possible obstacles to preventing injury being repaired (...) (case *Maestri v. Italy* of 17 February 2004) and the incompatibility of legislation with regard to the lack of guarantees against possible abuse resulting from its application (...) (case *Gillan & Quinton v. United Kingdom* of 12 January 2010)"¹⁵⁰.

24. The European Convention of Human Rights appeal may concern EU rules and whether these rules are binding on national authorities to enforce them, making State responsibility for breaches of

¹⁴⁴ C. BLANC-FILLY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, ed. Dalloz, 2016.

¹⁴⁵ As the ECtHR stated in its rejecting decision on the case McDonald of 17 June 2008: "(...) In cases arising from an individual appeal, the Court has no task of verifying abstractly the legislation at issue; it must limit itself to the extent possible to examine the issues raised by the case for which it is addressed to it (...)"

¹⁴⁶ J. OSTER, *Public policy and human rights*, in *Journal of Private International Law*, 2015, pp. 544ss.

¹⁴⁷ See the case: *Les Saints Monastères v. Greece* of 9 December 1994 par. 55 and the position of the Court. P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

¹⁴⁸ See in particular the par. 126: "(...) La Cour réaffirme que si, en principe, il n'est pas interdit au pouvoir législatif de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige (...)"

¹⁴⁹ See the case of 9 July 2007 (*X. v. Latvia*), n. 3 and in particular the par. 11: "(...) il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention, les Etats contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci (...) 15. Bien qu'en principe il ne lui appartienne pas de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l'Etat défendeur s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention, eu égard à la situation de caractère structurel qu'elle constate, la Cour observe que des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le cadre de l'exécution du présent arrêt, mesures qui doivent prendre en considération les nombreuses personnes touchées. En outre, les mesures adoptées doivent être de nature à remédier à la défaillance structurelle dont découle le constat de violation formulé par la Cour, de telle sorte que le système instauré par la Convention ne soit pas compromis par un grand nombre de requêtes résultant de la même cause. Pareilles mesures doivent donc comprendre un mécanisme offrant aux personnes lésées une réparation pour la violation de la Convention établie dans le présent arrêt relativement aux requérants. A cet égard, la Cour a le souci de faciliter la suppression rapide et effective d'un dysfonctionnement constaté dans le système national de protection des droits de l'homme. Une fois un tel défaut identifié, il incombe aux autorités nationales, sous le contrôle du Comité des Ministres, de prendre, rétroactivement s'il le faut (...) les mesures de redressement nécessaires conformément au principe de subsidiarité de la Convention, afin que la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables. 16. Pour aider l'Etat défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour a cherché à indiquer le type de mesures que l'Etat italien pourrait prendre pour mettre un terme à la situation structurelle constatée en l'espèce (...)"

¹⁵⁰ Par. 86: "(...) The Government argues that safeguards against abuse are provided by the right of an individual to challenge a stop and search by way of judicial review or an action in damages. But the limitations of both actions are clearly demonstrated by the present case. In particular, in the absence of any obligation on the part of the officer to show a reasonable suspicion, it is likely to be difficult if not impossible to prove that the power was improperly exercised. 87. In conclusion, the Court considers that the powers of authorization and confirmation as well as those of stop and search under sections 44 and 45 of the 2000 Act are neither sufficiently circumscribed nor subject to adequate legal safeguards against abuse. They are not, therefore, "in accordance with the law" and it follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention (...)" In the same spirit see the case: *Malik v. United Kingdom* of 28 May 2013

their application problematic. This issue was dealt with the *Bosphorus case* of 30 June 2005 and in the case of *Michaud v. France* of 6 December 2012¹⁵¹, where the European Court has examined the behavior of the States (Ireland and France) in the light of the obligations deriving from EU Regulations. The perspective will change from the time the EU becomes part of the ECHR, thus excluding the possibility of violating the Convention due to the presence in the EU system of control instruments for the compatibility of acts and their application by national Courts with regard to human rights, so as to ensure “equivalent” protection to that provided by the ECHR¹⁵². Obviously, as soon as the EU's accession to the ECHR becomes operational, the European Court of Justice should also extend to any violations of human rights in the fulfillment of EU standards¹⁵³, abandoning the presumption of equivalence set forth in the *Bos-*

¹⁵¹ See, A. JAKUBOWSKI, K. WIECZYŃSKA, *Fragmentation vs the constitutionalisation of international law: A practical inquiry*, ed. Routledge, 2016. C. LACCHI, *The ECtHR's interference in the dialogue between National Courts and the Court of Justice of the EU: Implications for the preliminary reference procedure*, in *Review of European Administrative Law*, 2015, pp. 96ss.

¹⁵² See in argument: D. LIAKOPOULOS, *Protection of human rights between European Court of Human Rights and Court of European Union*, in *International and European Union Legal Matters*, 2015, pp. 38ss.

¹⁵³ In relation on the accession of the Charter of the fundamental rights of EU in European Convention of Human Rights the Court of Justice has been obliged to consult pursuant to art. 218 TFEU and has expressed its opinion (C-2/13 of 18 December 2014-on accession), believing that the agreement would undermine the specificity and autonomy of Union law on the basis of multiple arguments. The Court has basically referred to Art. 53 of the EU Charter and *Melloni* jurisprudence that the application of national standards for the protection of fundamental rights should not undermine the level of protection provided for in the Charter or the primacy, unity and the effectiveness of EU law to show that the accession agreement does not provide for any co-ordination clause between that provision and Article. 53 of the Convention, which allows Contracting States to apply higher-level protection standards than those guaranteed by the European Convention. See in argument: M. CREMONA, *Balancing Union and Member States interests: Opinion 1/2008, choice of legal base and the common commercial policy under the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2010, pp. 680ss. J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, 2014, pp. 815ss. J. Schwarze (ed.), *EU-Kommentar*, ed. Nomos, 2012, pp. 2754ss. A. KIINGENBRUNNER, J. L. RAPTIS, *Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2008, pp. 141ss. D. THYM, *Separation versus fusion-or: How to accommodate national autonomy and the Charter?*, in *European Common Law Review*, 2014, pp. 393ss. J. KOMAREK, *The place of constitutional Courts in the EU*, in *European Common Law Review*, 2013, pp. 433ss. J. SNELL, *Fundamental rights review of national measures: Nothing new under the Charter*, in *European Public Law*, 2015, pp. 287ss. C. TOMUSCHAT, *Der Streit um die Auslegungshoheit: die Autonomie der EU als Heiliger Gral. Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2015, pp. 142ss. CH. HILLION, P. KOUTRAKOS (eds.), *Mixed agreements revisited*, Oxford University Press, 2010. I. PINGEL, *De Rome à Lisbonne: Commentaire article par article des Traités UE et CE*, ed. L.G.D.J., 2010. V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 230ss. S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The European Union Charter of fundamental rights. A Commentary*, op. cit., A. DASHWOOD, *Mixity in the era of the treaty of Lisbon*, in CH. HILLION, P. KOUTRAKOS, *Mixed agreements revisited*, Oxford University Press, 2010, pp. 352ss. É. DUBOUT, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2013, pp. 294ss. N. CARIAT, *Le droit de l'Union européenne et les normes nationales de protection des droits fondamentaux. L'article 53 de la Charte ou la tension entre la primauté et la différenciation*, in *Annuaire de Droit de l'Union Européenne*, 2013, pp. 144ss. A. TORRES PEREZ, *Melloni in three acts: From dialogue to monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, pp. 308ss. E. ALKEMA, R. VAN DER HULLE, R. VAN DER HULLE, *Safeguard rules in the european legal order: The relationship between article 53 of the European Convention on Human Rights and article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Human Rights Law Journal*, 2015, pp. 29ss. M. SAFJAN, *Les dilemmes de l'application de standards plus élevés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle*, in A. TIZZANO, A. ROSAS, R. SILVA DE LAPUERTA, K. LENAERTS, J. KOKOTT (a cura di), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, ed. Bruylant, 2015, pp. 546ss. On the one hand, art. 53 does not oblige States to guarantee a higher level of protection than that of the Convention on the other hand, the same EU Charter must ensure the same level of protection as the Convention so that there is no conflict between the two provisions. More specifically, the Court has highlighted the specificity of the Union's system of monitoring of respect for fundamental rights, in particular the principle of mutual trust in the areas of civil and criminal judicial cooperation, visas, asylum and immigration, namely the area of freedom, security and justice which obliges each Member State to assume respect for fundamental rights by other Member States and the absence of its own jurisdictional powers in the field of foreign policy and security. After the case *Melloni* see the case: *Jeremy F.* C-168/13 PPU of 30 May 2013. The Court of Justice has affirmed that: "(...) the absence of further detail in the actual provisions of the Framework Decision, and having regard to Article 34 EU, which leaves to the national authorities the choice of form and methods needed to achieve the desired results of framework decisions, it must be concluded that the Framework Decision leaves the national authorities a discretion as to the specific manner of implementation of the objectives it pursues, with respect inter alia to the possibility of providing for an appeal with suspensive effect against decisions relating to a European arrest warrant (...)". See in argument: M. ALMHOFER, J. HARTLIEB, *Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2014, pp. 149-159. A. TIZZANO, A. ROSAS, R. SILVA DE LAPUERTA, K. LENAERTS, J. KOKOTT (a cura di), *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, op. cit., L. BESSELINK, M. CLAES, J.H. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*,

in *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 2ss. D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union law*, Cambridge University Press, 2014. P. CRAIG, *EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, pp. 1114-1150. B. DE WITTE, *Article 53*, in Peers et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart Publishing, 2014, pp. 1523-1538. P. GRAGL, *A giant leap for european human rights? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 2014. P. GRAGL, *The accession of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, 2013. X. GROUSSOT, S. FIELD, *Accession of EU to ECHR: A Legally Complex Situation*, in J. NERGELIUS, E. KRISTOFFERSSON (eds), *Human rights in contemporary European Law*, Hart Publishing, 2015, pp. 7ss. D. HABELSTAM, *It's autonomy stupid, A modest defense of Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and a way forward*, in *Michigan Law Paper*, 2015. L. HALLESKOV STORGAARD, *EU law autonomy versus european fundamental rights protection-On Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 485. J.P. JACQUÉ, *CJUE-CEDH: 2-0*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2014 pp. 823ss. J.P. JACQUE, *La Cour de Justice de l'Union et l'application de la Charte dans les Etats membres: "Mehr Licht"*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2014 pp. 125-147. J.P. JACQUÉ, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 995, 1005. A. KLINGENBRUNNER, J. RAPTIS, *Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2008, pp. 139-146. V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, 2014. M. KUIJER, *The Accession of the European Union to the ECHR: A gift for ECHR's 60th Anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, in *Amsterdam Law Forum*, 2011, pp. 17-32. C. KRENN, *Autonomy and effectiveness as common concerns: A path to ECHR accession after Opinion 2/13*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 147ss. S. LAMBRECHT, *The sting is in the tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2015, pp. 185ss. C. LADENBURGER, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011, pp. 20-26. T. LOCK, *The future of EU accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 2015. T. LOCK, *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 239ss. J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, 2014, pp. 813-826. N. O'MEARA, *A more secure Europe of rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU accession to the ECHR*, in *German Law Journal*, 2011, pp. 1813-1832. S. PEERS, *The EU's accession to the ECHR: The dream becomes a nightmare*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 213, 222. M. PETITE, *The battle over Strasbourg: The protection of human rights across Europe has suffered a setback, thanks to the Court of Justice of the European Union*, in *Competition Law Insight*, 2015, pp. 10ss. F. PICOD, *La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH*, in *La Semaine Juridique, Édition Générale*, 2015, pp. 230, 234. J. POLAKIEWICZ, *EU law and the ECHR: Will the European Union's Accession square the Circle?*, in *European Human Rights Law Review*, 2013, pp. 592-605. J. POLAKIEWICZ, *Prologue -The EU's Accession to the European Convention on Human Rights-A matter of coherence and consistency*, in S. MORANO-FOADI, L. VICKERS (eds.), *Fundamental Rights in the EU-A matter for two Courts*, Oxford University Press, 2015. A. POTTEAU, *Quelle adhésion de l'Union Européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *Revue Générale Droit International Public*, 2011, pp. 77-111. E. SPAVENTA, *A very fearful Court? The protection of fundamental rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 51ss. D. SZYMCAK, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme. "Serpent de mer" ou "Hydre de Lerne"*, in *Politeia*, 2008, pp. 405-418. A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européenne dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011, pp. 9-19. T. LOCK, *Walking on a tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1025-1054. T. LOCK, *A critical comment on the accession of the EU to the ECHR*, in *Justice Journal*, 2011 pp. 11-30. T. LOCK, *Accession of the EU to the ECHR: Who would be responsible in Strasbourg?*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS, I. LIANOS, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012, pp. 109-135. T. LOCK, *Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights law on the Responsibility of Member States of International Organizations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, pp. 529-545. T. Lock, *End of an epic? The draft agreement on the EU's accession to the ECHR*, in *Yearbook of European Law*, 2012, pp. 162-197. T. LOCK, *EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 2010, pp. 777-798. T. LOCK, *Taking national Courts more seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *European Law Review*, 2011, pp. 576- 588. T. LOCK, *The ECJ and the ECtHR: The future relationship between the two European Courts*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2010, pp. 375-398. C. TOMUSCHAT, *Der Streit um die Auslegungshoheit: die Autonomie der EU als Heiliger Gral. Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2015, pp. 138ss. A. TORRES PEREZ, *Too many voices? The prior involvement of the Court of Justice of the European Union?* in *European Journal of Human Rights*, 2013, pp. 565-583. F. TULKENS, *Pour et vers une organisation harmonieuse*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011, pp. 26-34. G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B.G. RAMCHARAN, A. DE ZAYAS, *International human rights monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 239ss. R.A. WESSEL, A. ŁAZOWSKI, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 179ss. J. FAWCETT, S. SHAH, M. SHUILLEABHAIN, *Human rights and private international law*, op. cit.

phorus judgment¹⁵⁴. This will avoid a two tiered justice of *forum shopping*/law shopping¹⁵⁵ of Courts by abandoning the standard of a differentiated treatment where the ECHR is the subject of domestic of EU law. Within this spirit we must take into consideration that from the point of view of European legislation it has been possible to ensure the protection of the “weak” categories of the relationship, such as workers and consumers, in all Member States and to adapt to this approach also the rules of private international law through the adoption of Directives and Regulations, as can be seen through Regulation n. 593/2008, so called Rome I¹⁵⁶ on the law applicable to contractual matters¹⁵⁷. The same uniformity of the conflict rules is functional to the “certainty of applicable law” in recital n.6, 16 and 39 of the Rome I Regulation, which is an essential value in ensuring the protection of human rights¹⁵⁸ which “exorbitant in the sphere of common rules of law applicable to relations between individuals”, according to the Court of Justice before the Regulation came into force¹⁵⁹; and are norms which are allowed to derogate conventionally by introducing a community definition of necessary, restrictive (implementing community law, so called “burden test”) implementing rules which essentially incorporates the identification criteria proposed for the safeguarding of its political, social and economical to all situations that fall within their scope. In this spirit we can say that the desire of the EU legislature to restrict the limits of the operation of the euro-

¹⁵⁴ See, D. SPIELMANN, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, (Réunion conjointe de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme—Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, Helsinki 6 septembre 2013). A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 12ss. X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2001*, in *Fondation Robert Schuman/Question d'Europe*, n. 218 (7 novembre 2011), pp. 5ss.

¹⁵⁵ Especially in the case of insolvency cases as a *forum shopping* fraudulent and pretestuous. See, R. BORK, R. MANGANO, *European cross-border insolvency law*, Oxford University Press, 2016.

¹⁵⁶ Commission Regulation n. 593/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 2008 O.J. (L 177) 6. See the next cases from the Court of Justice: *Verein für Konsumentinformation v. Amazon EV Sàrl* C-191/15 of 28 July 2016; *S. Kareda v. S. Benkò* C-249/16 of 15 June 2017; *Höszig kft v. Alstom Power Thermal services* C-222/15 of 7 July 2015; *K Finanz v. Sparkassen Versicherung Ag. Wien Insurance group* C-483/14 of 7 April 2016; *H. Lutz v. E. Bäuerle* C-557/13 of 16 April 2015; *Mühlleitner v. Ahmed Yusufi & Wadat Yusufi* C-190/11 of 6 September 2012.

¹⁵⁷ S. ZOGG, *Accumulation of contractual and tortious causes of action under the judgments Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 42ss.

¹⁵⁸ E. JAYME, *Party Autonomy in international family and succession law: New tendencies*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, pp. 1ss. R.A. BRAND, T. FISH, *An american perspective on the New Japanese Act on General Rules for Application of Laws*, in *Japanese Yearbook of International Law*, 2008, pp. 302ss. V. BEHR, *Rome I Regulation. A-mostly-unified private international law of contractual relationships within-most-of the European Union*, in *Journal of Law and Commerce*, 2011, pp. 236ss. J. CARRUTHERS, *Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012, pp. 881ss. C.I. NAGY, *What functions may party autonomy have in international family and succession law? An EU perspective*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012, pp. 576ss. C.S.A. OKOLI, H.O. ARISHE, *The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 2012, pp. 516ss. B. AÑOVEROS TERRADAS, *La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia*, in J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (a cura di), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borràs*, op. cit., pp. 120ss. H. GAUDEMET-TALLON, *Individualisme et mondialisation: Aspects de droit international privé de la famille*, in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (eds.), *A Commitment to Private International Law, Essays in Honour of Hans Van Loon*, op. cit., pp. 184ss. K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie in europäischen Kollisionsrecht*, ed. Mohr Siebeck, 2013, pp. 573ss. L. GANAGÈ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits des cultures*, in *Recueil des Cours*, 2011, pp. 376ss. L. D'AVOUT, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (a cura di), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres juridiques et systèmes juridiques*, ed. Pedone, 2010, pp. 184ss. O.O. CHEREDNYCHENKO, *EU fundamental rights, EC fundamental freedoms and private law*, in *European Review of Private Law*, 2006, pp. 31ss. A.J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention-Rome I Regulation. Commentary. New EU conflict of laws and rules for contractual obligations*, ed. Juris, 2011, pp. 1758ss. G. DANNEMANN, S. VOGENAUER, *The common European sales law in context. Interactions with English and German law*, Oxford University Press, 2013, pp. 16ss. M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford University Press, 2015. H. WAIS, *Einseitige Gerichtsstandvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2017.

¹⁵⁹ See in this sense the next cases from the Court of Justice: *Lechouritou* C-292/05 of 15 February 2007 LTU 29/76 of 14 October 1986, par. 3 and 5; *Rüffler* 814/79 of 16 December 1980; *Baten* C-271/00 of 14 November 2002; *Henkel* C-167/00 of 1st October 2002, par. 29. See, P. HAY, T. VARADY, *Resolving international conflict. Liber amicorum Tibor Varady*, CEU Press, 2009, pp. 142ss.

pean conflict rules set by the Regulation clearly and precisely in the affirmation that are considerations of public interest and can justify in exceptional cases a derogation from EU rules of conflict, by virtue of the necessary mechanisms and rules of application. The forum category is not alien Regulation n. 1215/2012¹⁶⁰ (and of the previous Regulation n. 44/2001)¹⁶¹ foreseeing the *forum actoris*, the *destinatae solutionis forum* appears to favor one of the substantial parts as the weak part¹⁶² within the framework of a contractual relationship (art. 11 (1) (b)) and of the same line in the context of an insurance relationship concluded between a professional and a consumer according to art. 18, par. 1¹⁶³.

25. By its case law the Court of Justice sought to limit and verify the compatibility of the internal rules of the Member States with the EU's freedom and the fundamental principles of European law¹⁶⁴. A large margin of appreciation has been left to the Court of Justice when it is necessary to define in a binding and uniform manner the scope of application of the rule itself, for example art. 8, 1st par. of the Rome Regulation I referred to the *lex loci protectionis* also referred to in art. 15 dedicated to the regulatory law¹⁶⁵ which do not mention aspects such as those that can be considered for the purposes of determining the violation of an artistic or literary property right. The problem in the case of intellectual property contracts¹⁶⁶ is the transferability of the law itself and the scope of *lex loci protectionis* as regards industrial property rights. The rule of this category of rights is that of ensuring compliance with the rules prohibiting ant competitive effects on intellectual property and international public order as we have seen through *Eco Swiss China time Ltd v. Benetton International BV* of 1st June 1999¹⁶⁷. A broad inter-

¹⁶⁰ 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 judgments in civil and commercial matters, entry in force from 10 January 2015. See in argument: P.A. NIELSEN, *The New Brussels I Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 503ss. P. HAY, *Notes on the European Union's Brussels-I "Recast" Regulation*, in *The European Legal Forum*, 2013, pp. 2ss. M. POHL, *Die Neufassung der EuGVVO-im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2013, pp. 109ss. A. NUYS, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2013, pp. 3ss. I.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*, in *Journal du Droit International*, 2013, pp. 742ss. A. STAUDINGER, *Schiedsspruch und Urteil mit vereinbarten Wortlaut*, in *Festschrift für Friedrich Graf von Westfalen*, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2010, pp. 662ss. V. RIJAVEC, W. JELINEK, W. BREHM, *Die Erleichterung der Zwangsvollstreckung in Europa*, ed. Nomos, 2012, pp. 214ss.

¹⁶¹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. See the next cases from the Court of Justice: *Bayerische Motoren Werke v. Acacia Srl* C-433/16 of 1st August 2017; *Assens Havn v. Navigators Management (UK) limited* C-368/16 of 13 July 2017; *S. Nogueira and others v. Crewlink Ireland Ltd*, joined cases C-168/16 and C-169/16 of 27 April 2017; *M. Kostanjevel v. F & S Leasing GmbH* C-185/15 of 25 November 2016; *He Jduk v. Energie Agentur NRW GmbH* C-441/13 of 13 March 2015; *A. Kainz v. Pantherwerke AG* C-45/13 of 16 January 2014. C. KESSEDIAN, *Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001*, in *Revue Trimestrielle De Droit Européen*, 2011, pp. 128ss. P.A. NIELSEN, *The new Brussels I Regulation*, op. cit., pp. 524. A. NUYS, *La refonte du règlement Bruxelles I bis*, op. cit., pp. 24ss.

¹⁶² V.A. SINAY-CYTERMANN, *La protection de la partie faible en droit international privé: les exemples du salarié et du consommateur*, in A.A.V.V., *Le droit international privé: Esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagard*, ed. Dalloz, 2007, pp. 745ss.

¹⁶³ J. MEUSSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS (eds), *Enforcement of international contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, ed. Intersentia, 2004, pp. 270ss. M. WILDERSPIN, *The Rome I Regulation: Comunitarisation and modernisation of the Rome Convention*, in *ERA Forum*, 2008, pp. 260ss. V. LAZIC, *Procedural justice for "weaker parties" in cross-border litigation under the EU Regulatory Scheme*, in *Utrecht Law Review*, 2014, pp. 100ss.

¹⁶⁴ In particular see: T. AZZI, *La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire, parfois tout et son contraire*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, ed. L.G.D.J., 2014. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, ed. PUF, 2017.

¹⁶⁵ F. FERRARI, S. LEIBLE, *Rome I Regulation. The law applicable to contractual obligations in Europe*, European Law Publishers, 2009, pp. 180ss.

¹⁶⁶ A. METZGER, *Intellectual property (PIL)*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of European private law*, op. cit., P. TORREMANS, *Litigating cross-border intellectual property disputes in the European Union private international law framework*, in P. BEAUMONT, M. DANOV, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, 2017.

¹⁶⁷ In the same spirit: *Renate Ilsinger/Martin Dreschers, administrator in the insolvency of Schlink & Schick GmbH*, C-180/06 of 14 May 2009; *Peter Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG and Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliver Heller* joined cases C-585/08 and 144/09 of 7 December 2010; *Lokman Emrek v. Vlado Sabramovic*, C-218/12 of 17 October 2013; *Armin Maletic, Marianne Maletic v. lastminute.com GmbH, tui Österreich GmbH*, C-478/12 of 14 November 2013; *Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG* C-170/12 of 31 October 2013; *HI Hotel HCF Sarl v. Uwe Spoering* C-387/12 of 3 April 2014;

pretation of the notion of implementing rules that is potentially applicable in this field allows judges to consider the applicable implementing rules of any third order, compared to the forum and *lex causae*¹⁶⁸, but always linked to the contract in question without that it is always possible to identify *a priori* the laws that may be considered due to the fluidity of the link criterion¹⁶⁹.

This is a restriction that seeks to characterize the necessary enforcement rule and in particular cases¹⁷⁰ where it does not concretely solve an obstacle to the process of European harmonization, modernization of uniform legal norms, namely the strengthening of legal certainty and predictability of conflict resolution¹⁷¹ towards building a federal common law¹⁷² based on the objectives of the Union in Lagarde's view that: "(...) membership of a national rule in the category of police and security laws remains subject to compliance with the provisions of the Treaty (...)"¹⁷³. A desired application restriction

Folien Fischer AG and another v. Ritrama Spa C-133/11 of 25 October 2012; *Coty Germany GmbH v. First Note Perfumes NV* case C-360/12 of 5 June 2014; *Pez Hejduk v. Energie Agentur NRW GmbH* case C-441/13 of 22 January 2015; *Jaouad El Majdoub v. Cars On The Web Deutschland GmbH* case C-322/14 of 21 May 2015; *Concurrence Sùrl v. Samsung Electronics France SAS and Amazon Services Europe Sùrl* case C-618/15 of 21 December 2016. See for the analysis of the above jurisprudence: D. LECZYKOWICZ, S. WEATHERILL, *The involvement of EU law in private law relationships*, Hart Publishing, 2013. J. DE WERRA, *Research handbook on intellectual property licensing*, Edward Elgar Publishing, 2013. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual property law*, Oxford University Press, 2014. O. SAMSONOVA, *European Union law concepts as legal transplants: Linguistic difficulties of transferring EU consumer law concepts into Ukrainian legal system*, in *Kyiv-Mohyla Law and Politic Journal*, 2015. J. M. VELÁZQUEZ GARDETA, *Comparative analysis of CJEU and North American jurisprudence in the area of the validity of jurisdiction in online consumer contracts*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2017, pp. 428ss. The author has declared that: "(...) the decision takes up the "old" concept, imported from north American judicial culture, of the stream of commerce, whose relevance for the purposes of defending the right to a personal jurisdiction for a specific consumer has been diminished over time (...) the CJEU does not seem to have been wrong in its evidence based formula for determining when a supplier is directing their business towards the Member State where a consumer is domiciled and therefore affording the said consumer a higher level of protection in determining the international jurisdiction of the Courts in the state where they live (...)". See in argument also: P. TORREMANS, *Intellectual property and private international law*, Edward Elgar Publishing, 2015. T. RONO, *Intellectual property and private international law*, Hart Publishing, 2012, pp. 723ss. A.J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention. Rome I Regulation. Commentary*, ed. Juris, 2010, pp. 1016ss. EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (CLIP), *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford University Press, 2013. D. MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2009. M. PERTEGÁSS, *Cross border litigation in intellectual property rights: Choice of law rules in IP Rules under the Rome I Regulation*, in S. BARIATTI, *Litigating intellectual property rights disputes cross-border: EU Regulations, ALI principles, CLIP project*, ed. Cedam, 2010. T. COOK, *Territoriality and jurisdiction in EU IP law*, in *Journal of Intellectual Property Rights*, 2014, pp. 295ss. B.J. JÜTTE, *Reconstructing European copyright law for the digital single market. Between old paradigms and digital challenges*, Hart Publishing, 2017, pp. 206ss. T. BJØRN LARSEN, *Intellectual property jurisdiction strategies where to litigate unitary rights vs. national rights in the EU*, Edward Elgar Publishing, 2017. C. SEVILLE, *EU intellectual property law and policy*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 517ss. A. GEROLDINGER, A. BURGSTALLER, M. NEUMAYR, A. GEROLDINGER, G. SCHMARANZER (eds), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 2014. J.S. GINSBURG, E. TREPOZ, *International copyright law U.S. and EU perspectives: Text and cases*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 626ss. U. MAUNSBACH, *The CJEU as an innovator: A new perspective on the development of internet related case-law*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2017, pp. 81ss.

¹⁶⁸ A. SOLD, *Inappropriate forum or inappropriate law? A choice-of-law solution to the jurisdictional standoff between the United States and Latin America*, in *Emory Law Journal*, 2011, pp. 1450ss. According to the author: "(...) procedural and systemic advantages are, for the most part, unique to the American legal system. These include extensive pretrial discovery, conspicuously plaintiff-friendly juries, the contingency fee system, large damage awards, and relatively efficient disposition and enforcement of judgments (...)".

¹⁶⁹ See in argument: J. BASEDOW, J. DREXEL, A. ANKUR, A. METZGER (eds), *Intellectual property in the conflict of laws*, ed. M. Siebeck, 2004. P. TORREMANS, *Licenses and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation*, in *Journal of private international law*, 2008, pp. 398ss. R. SCHUTZE, F. ZOLL, *Europäisches Vertragsrecht*, C. H. Beck, 2017.

¹⁷⁰ R. D. BERLINGHER, *General considerations on qualification in private international law*, in *Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 56ss.

¹⁷¹ A. BONOMI, *The role of internationally mandatory rules in an European private international law system*, in *Revista de Drept International Privat si Drept Privat Comparat*, 2006, pp. 166ss.

¹⁷² J. BASEDOW, *Federal choice of law in Europe and the United States. A comparative account of interstate conflicts*, in *Tulane Law Review*, 2008, pp. 2120ss. D. SOLOMON, *The private international law of contracts in Europe. Advances and retreats*, in *Tulane Law Review*, 2008, pp. 1711ss. J.J. KUIPERS, *European Union law and private international law. The interrelationship in contractual obligations*, Martinus Nijhoff, Publishers 2012. D.S.C. SYMEONIDES, *Codifying choice of law around the world: An international comparative analysis*, op. cit., S. SÁNCHEZ LORENZO, *Choice of law and overriding mandatory rules in international contracts after Rome I*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 70ss.

¹⁷³ P. LAGARDE, *Les lois de police devant la Cour de justice des communautés européennes*, in R. SCHULTZE, U. SEIF, *Recht und Rechtsfortbildung in des Europäisches Reechtsgenerischoft*, ed. Mohr Siebeck, 2003, pp. 90ss.

required by the Regulation could prove to be futile if it is not sufficient for the discretionary exercise of the discretion that the forum considers on whether or not to apply the mandatory rules (*Eingriffsnormen und Parteischutzvorschriften*)¹⁷⁴ of the law otherwise applicable. The rule should strictly interpreted based on the requirement of the international nature of the contract¹⁷⁵ required for it to be able to make the choice of law¹⁷⁶ within an ever changing space and legal integration.

26. Within this spirit we have to consider that when we speak of harmonization in private, EU and international law we can distinguish between minimum harmonization which involves the EC minimum rules, as a "first floor of rights" which the Member States may individually establish more strict or demanding rules of standards¹⁷⁷. The minimum harmonization has as objective to diminish the existing tensions of the European economic and political evolution and to open the way for the alternative harmonization which involve alternative methods of harmonization to attain and main goals. On the other hand we could say that we have also an optional harmonization which include any harmonized rules or national rules. The partial harmonization include the govern cross-border transactions and the domestic law. Of course there is a total harmonization, as a hard, strong harmonization which include and permit to save any measures (included conservative measures/*saisies conservatoires*) when it is necessary under proportional and flexible determination of the law at a national level. According to our opinion all the types of harmonization have as objective the transparency, the execution of the procedures, the better understanding of the means and methods for all the parties including States and privates¹⁷⁸.

27. The case of those rules that convey the automaticity of the effectiveness recognized in the measures issued abroad is under discussion. In some cases, the Court may not have the right to review or resort to the public order limit. Such a norm is art. 42 of Regulation n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)¹⁷⁹ which obliges: "(...) to execute a decision issued by the judge of the State in which the minor was habitually resident before the international abduction¹⁸⁰, in which the obligation to return the child is established, on the basis of the simple certification of the measure, without any form of opposition (...) "¹⁸¹. Going forward with the cases *Gogova v. Ilia Dimitrov Il-*

¹⁷⁴ See, K. THORN, *Eingriffsnormen*, in F. FERRARI, S. LEIBLE, *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa. Der Vorschlag für eine ROM I Verordnung*, C.H. Beck, 2007, pp. 129ss.

¹⁷⁵ S. SYMEONIDES, *The Hague principles on choice of law for international contracts. Some preliminary comment*, in *American Journal of Comparative Law*, 2013, pp. 875ss.

¹⁷⁶ A. SHAPIRA, *Protection of private interests in the choice of law process: The principle of rational connection between parties and laws*, in *SMU Law Review*, 2016

¹⁷⁷ According to Patrick Glenn: "(...) The presumption of conflict should be replaced by a presumption of harmony, and in most instances the presumption of harmony will be justified by underlying harmony. The distinction between national law and foreign law will become less important, and eventually less clear (...)". H. PATRICK GLENN, *Harmonization of law, foreign law and private international law*, in *European Review of Private Law*, 1993, p. 48.

¹⁷⁸ See in argument: H. WAGNER, *Is harmonization of legal rules an appropriate target? Lessons from the global financial crisis*, in *European Journal of Law and Economics*, 2012, pp. 542ss. H. MICKLITZ, *The targeted full harmonization approach: Looking behind the curtain*, in G. HOWELLS, R. SCHULTZE (eds), *Modernising and harmonizing modern consumer contract law*, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 52ss.

¹⁷⁹ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. A proposal for a revised Regulation was adopted by the European Commission on June 30, 2016. Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM(2016) 411 final. See in argument: M. STORME, *Harmonisation of civil procedure and the interaction with substantive private law*, in X.E. KRAMER, C.H. VAN RHEE, *Civil litigation in a globalizing World*, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 142ss.

¹⁸⁰ L. ELROD, *Please let me stay: Hearing the voice of the child in Hague Abduction cases*, in *Oklahoma Law Review*, 2017, pp. 665ss.

¹⁸¹ The aforementioned Regulation governs the international aspects of the exercise of parental responsibility, the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, which includes among its objectives the observance of art. 24 of the EU Charter. The Regulation is intended to cite the international abduction of the minor phenomenon which whip the right to establish personal relations and direct contacts with both parents recognized by art. 24 of the EU Charter. The Regulation lays down the European Executive Law on the Right of Visitation and Return of the Illicitly Abolished Child by imposing automatic enforcement, ie without proceeding for the declaration of enforceability of the foreign decision in all the Member States of the decisions made by the competent authorities on the basis of Regulation (Article 40ss). The Charter and Regulation

iev C-215/15 of 21 October 2015 and *E. v. B.* C-436/13 of 1st October 2014¹⁸². It is a therapeutic choice that seeks to reconcile the conflict between the parents by ensuring the balance in their relationship with their children despite the *modus* disciplined by the Regulation on the termination of marriage¹⁸³ does not meet the needs of the child's best interests, but surely adapted to the spirit and the action of the European Union towards the harmonization of the rules of conflict in matrimonial matters where a choice of applicable law was envisaged at the end of the conjugal bond. According to the writer's view in the case of a conflict between a State-individual, international-private autonomy is qualified as a fundamental freedom of the people recognized and protected by various Human Rights Conventions¹⁸⁴, which surely allows the State to decide and attribute its case law while leaving simultaneously an inalienable right of the individual to be included in the sphere of freedom of choice of the law governing its own legal relations with the help of the principle of

sanction the possibility for the child to be heard and read in the light of the child's best interest and for the child's physic health. See in that spirit the case of the Court of Justice: *J. McB* C-400/10 PPU of 5 October 2010 and *Aguirre Zarraga v. Simone Pelz* C-491/10 PPU of 22 December 2010; *O and S and Maahanmuuttovirasto* joined cases C-356/11 and C-357/11 of 6 December 2012; *Eind* C-91/05 which interpreted the Regulation 1612/68 and the judgment: *Parliament v. Council* C-540/03 of 27 June 2006; *Runkin Paul* C-535/06 of 3 September 2009; *Kersten Sundelind Lopez. v. Miguel Enrique López Lizazo* C-68/07 of 29 November 2007; *Inga Rinau* C-195/08 PPU of 11 July 2008; *Laszlo Hadadi v. Csilla Martz* C-168/08 of 16 July 2009; *Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia* C-403/09 PPU of 22 December 2009; *Bianca Purrucker v. Guilleruo Vallès Pèrez* C-256/09 of 15 July 2010; *Barbera Mercredi v. Richard Chaffe* C-497/10 PPU of 22 December 2010; *E. v. B.* C-436/13 of 1st October 2014; *C. v. M.* C-376/14 of 9 October 2014; *L. v. M.* C-656/13 of 12 November 2014; *David Bradbrooke v. Anna Aleksadrovicz* C-458/14 PPU of 9 January 2015; *Christophe Bohez v. Ingrid Wiertz* C-4/14 of 6 October 2015; *Vasilka Ivanova Gogova v. Ilia Dimitrov Iliev* C-215/15 of 21 October 2015; *P. v. Q.* C-455/15 of 19 November 2015. See in argument: C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: Asunto C-455/15 PPU, P Y Q*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 635-640. M. HERANZ BALLESTEROS, *Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 594ss. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, *Forum non conveniens revisited: el caso Spanair*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 268ss. P. MCELEAVY, *Brussels II bis: Matrimonial matters, parental responsibility, child abduction and mutual recognition*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2004, pp. 504ss. H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, ed. Dalloz, 2005. R. LAMMONT, *Habitual residence and Bruxelles II-bis: Developing concepts for european private international family law*, in *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 262ss. E. SPAVENTA, *Federalisation versus centralisation: Tensions in fundamental rights discourse in the EU*, in M. DOUGAN, S. CURRIE, *50 years of the European Treaties: Looking back and thinking forward*, Hart Publishing, 2009, pp. 356ss. The cases *Deticek* C-403/09 PPU of 23 December 2009 and especially the case C-497/10 PPU *Mecredi*: the Court does not refer to the child's rights despite the fact that the definition of habitual residence which was the subject of the reference would significantly affect the child relations with her father. See in argument: N. THOMAS, B. GRAN, K. HANSON, *An independent voice for children's rights in Europe? The role of independent children's rights institutions in the EU*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2011, pp. 432ss. G. VAN BUEREN, *Children's rights*, in D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIAKUMARAN, *International human rights law*, Oxford University Press, 2017, pp. 292ss. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, ed. Colex, 2010, pp. 39ss. M. MELCHER, *Private International Law and Registered Relationships: An EU Perspective*, in *European Review of Private Law*, 2012, pp. 1077ss. E. DRYWOOD, *Child-proofing EU law and policy: Interrogating the law-making processes behind asylum and immigration provision*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2011, pp. 408ss. N. FERREIRA, *The harmonisation of private law in Europe and children's tort liability: A case of fundamental and children's rights mainstreaming*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2011, pp. 572ss. I. DE JESUS BUTLER, *Ensuring compliance with the Charter of fundamental rights in legislative drafting: The practice of the European Commission*, in *European Law Review*, 2012, pp. 398ss. A. S. DE SOUSA GONÇALVES, *The Rinau case and the wrongful removal or retention of children*, in *UNIO EU Law Journal*, 2014. T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht. Mit internationalem Verfahrensrecht*, C. F. Müller, 2017, pp. 684ss. M. DUROVIC, *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, 2016. U. KILKELLY, L. LUNDY, *Children's rights*, ed. Routledge, 2017. P. BEAUMONT, M. DANON, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, 2017. M. KRÄNZLE, *Heimat als Rechtsbegriff? Eine Untersuchung zu Domicile und gewöhnlichem Aufenthalt im lichte der EU-Erbrechtverordnung*, M. Siebeck, 2014, pp. 120ss. S. MORANO-FOADI, L. VICKERS, *Fundamental rights in the EU: A matter for two Courts*, Hart Publishing, 2015, pp. 238ss. M. MONTERO DE ESPINOSA, A. FUCKS, *Case law of the European Union Courts*, in *ERA Forum*, 2016, pp. 132ss.

¹⁸² M. SILINSKI, *Mutual trust and cross-border enforcement of judgments in civil matters in the EU: Does the step-by-step approach work?*, in *Netherlands International Law Review*, 2017, pp. 116ss.

¹⁸³ See in particular: K. HILBIG-LUGANI, *The scope of the Brussels Iia Regulation and actions for annulment of marriage brought by a third party after the death of one of the spouses*, in *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht*, 2017, n. 6

¹⁸⁴ R. ARNOLD, *The universalism of human rights*, op. cit.,

enhanced cooperation proposed by the European system¹⁸⁵. Both Regulation n. 2201/2003¹⁸⁶ and n. 805/2004¹⁸⁷ they got the *exequatur*, when a system of certification or declaration of automatic execution is expected¹⁸⁸. In fact, the path of non *exequatur* was followed even in other specific areas, as with Regulation n. 1896/2006 on the European Decree on Injunctions¹⁸⁹ and with n. 4/2009¹⁹⁰ on foodstuffs¹⁹¹, and then extended to all civil and commercial matters by Regulation n. 1215/2012 that is Bruxelles I bis¹⁹². Especially in the case of the European injunction it is noted by the Court of Justice, and through its case law in a “systematic” and “teleological” perspective¹⁹³ the guarantee of the certainty of the title (especially in the case of public acts and judicial transactions in accordance with the *Wirkungserstreckung* principle) whenever there is in fact no objection to the credit and does not derive the right of the credit

¹⁸⁵ In particular and especially in the sector of divorce separation and family law see: Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016 authorizing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships; 2010/405/: Council Decision of 12 July 2010 authorizing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. See, B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS, *The EU's role in global governance: The legal dimension*, Oxford University Press, 2013.

¹⁸⁶ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000

¹⁸⁷ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims

¹⁸⁸ See the next cases from the Court of Justice: *Walter Vapenik v. Josef Thurner* C-508/12 of 5 December 2013; *Imtech Marine Belgium NV v. Radio Hellenic SA* C-300/14 of 17 December 2015; *Pebros Servizi srl v. Aston Martin Lagonda Ltd* C-511/04 of 16 June 2016. M. HAZELHORST, *Free movement of civil judgments in the EU and the right to a fair trial*, ed. Springer, 2017, pp. 433ss. T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht. Mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit.

¹⁸⁹ Regulation (EC) No 1896/2006-creating a European order for payment procedure. See from the ECJ the next cases: *Walter Vapenik v. Josef Thurner* C-508/12 of 5 December 2013; *Imtech Marine Belgium NV v. Hellenic Radio SA* C-300/14 of 17 December 2015, which the Court has declared that: “(...) certification is a measure of a judicial nature and is therefore reserved to the Court, and that is necessary to distinguish between the certification of a decision as the European enforcement order itself and the formal act of issuing the certificate and in particular the model contemplated by art. 9 of the rules of procedure (...)”. *Pebros Servizi Srl v. Aston Martin Lagonda Ltd v. Aston Martin Lagonda Ltd* C-511/14 of 16 June 2016, which the Court has stated that: “(...) the default judgment was to be counted among the executive title that were to be certified as a European enforcement order, even if it could not, in fact, to be certified as a European enforcement order the pronouncement pronounced in *absentia* when it was impossible to identify the domicile of the defendant also for the purposes of notification (...)”. And in case of monitor process see: *Goldbet Sportwetten v. Massimo Sperindeo* C-144/12 of 13 June 2013; *Iwona Szyrocka v. SiGer Technologie GmbH* C-215/11 of 13 December 2012; *Eco Cosmetics GmbH v. Virgine Laetitia Barbara Dupuy and Tetyana Bonchuk* joined cases C-119/13 and C-120/13 of 4 September 2014; *Thomas Cook Belgium NV v. Thurner Hotel GmbH* C-245/14 of 22 October 2015; *Flight Refund Ltd vs. Deutsche Lufthansa AG* C-94/14 of 10 March 2016. For the analysis of the above cases see: M. DUROVIC, *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, 2016, pp. 106ss. M. HAZELHORST, *Free movement of civil judgments in the European Union and the right of fair trial*, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 438ss. T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, C.H. Beck, 2017, pp. 686ss. F. EICHEL, *Keine rügelose Einlassung in Europäischen Mahverfahren*, in *Revue de Droit Privé de L'Union Européenne*, 2014. M. BOBEK, *Central European judges under the European influence. The transformative power of the EU revisited*, Hart Publishing, 2015, pp. 234ss. P. GRUBER, *Die Nichtgerklärung eines europäischen Zahlungsbefehls*, in *Zeitschrift für des Privatrecht der Europäischen Union*, 2016, pp. 153ss. W. JELINEK, S. ZANGL, *Insolvenzordnung*, Manz Verlag, 2017.

¹⁹⁰ Council Regulation n. 4/2009 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations, 2008 O.J. (L 7) 1. This Regulation is applicable via Regulation 1107/2009, art. 15, 2009 O.J. (L 3069) 1, (EC). See from the ECJ the joined cases: *Sophia Marie Nicole Sanders v. David Verhaegen and Barbara Huber v. Manfred Huber*, joined cases C-400/13 and C-408/13 of 18 December 2014. In argument: N. BAUGUIET, M. DECHAMPS, J. MARY, *Actualités en droit de la famille*, ed. Larcier, 2016.

¹⁹¹ In argument: Council Decision 2011/432/EU of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (Official Journal L 192 of 22.7.2011). Council Decision 2014/218/EU of 9 April 2014 amending Annexes I, II and III to Decision 2011/432/EU on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (Official Journal L 113 of 16.4.2014). See, O. EDWARD, R. LANE, *Edward and Lane on European Union law*, Edward Elgar Publishing, 2013.

¹⁹² See in argument the next cases from the Court of Justice: *Assnes Havn v. Navigatos Management (UK) limited* C-368/16 of 13 July 2017; *Hanssen Beleggingen v. Tanja Prast-Knippin* C-341/16 of 5 October 2017; *Brite Strike Technologies v. Strike Strike Technologies SA* C-230/15 of 13 July 2016; *Lazar v. Allianz Spa* C-350/14 of 10 December 2015; *Gazprom v. Lietuvos Respublika* C-536/13 of 4 December 2014. G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, ed. Bruylant, 2012. B. KÖHLER, *Dual-use contracts as consumer contracts and no attribution of consumer status of a third party to the proceedings under Brussels-I Regulation*, in *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht*, 2017, n. 6

¹⁹³ See, T. LOCK, *The European Court of Justice and international Courts*, op. cit., see in particular Chapter 4.

assessment. This is why the equivalence in the European judicial area of jurisdiction is based on fundamental human rights considerations¹⁹⁴, shared and based on compatible procedural rules or supplemented by the minimum standards of protection provided by the same Regulation. The abolition of the *exequatur* involves checking those parameters that are considered essential for the effectiveness and enforceability of a decision taken by a foreign judge to be moved at the time of execution¹⁹⁵. Within this mechanism, the judge of the Member State of recognition or the judge of the *exequatur* is no longer the one who attests the enforceability of such decisions, but in the Court of the home Member State by sending a certificate which must meet specific conditions. It is possible to say that this is a rule that may seem incompatible with certain principles that were reiterated in the decisions of the European Court of Human Rights on the treatment of minors¹⁹⁶. It is possible to say that this is a rule that may seem incompatible with certain principles that were reiterated in the decisions of the ECtHR on the treatment of minors¹⁹⁷. The Court expressed itself, through the *Kampanella* judgment of 12 July 2011 concerning the need for the judges of the State in which the child was illegally transferred to consider the elements of the return order given the obligation to ensure the child's best interest¹⁹⁸. In this regard, the execution of a provisional measure would be "obliged to examine the basis of jurisdiction of a foreign Court", verifying the need to expressly indicate "the basis of their competence"¹⁹⁹ and according to recital n. 33 of the Brussels Regulation I bis: "provisional measures (...) are the responsibility of a Court of a Member State which is not competent to know the substance, their effectiveness under this Regulation should be confined to the territory of the concerned Member State (...)"²⁰⁰. Equally important is the ruling *M. Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company* C-394/07 of 2 April 2009 and overcoming the old rule: *B. Denilauler v. Snc Couchet Frères* 125/79 of 21 May 1980 the measures which have been made unheard of otherwise (ex parte measures), fall within the scope of the Regulation only in the case of judicial decisions which, before their recognition and execution is requested in a State other than of their origin, have been the subject of, or could have been, subject to contradictory education in the State of origin (...)"²⁰¹.

28. We therefore conclude that the ECHR case law is intended to comply with the European legislature. We repeat the case *Povse v. Austria* with regard to the automatic recognition that has been recognized as an important element of a system aimed at preventing the multiplication of cases of abduc-

¹⁹⁴ S. HOBE, *Europarecht*, Academia Juris-Vahlen Verlag, 2017.

¹⁹⁵ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La "supresión" del exequatur en el R 2201/2003*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 66ss. G. CUNIBERTI, *Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2014, pp. 304ss. T. PFEIFFER, *The abolition of exequatur and the free circulation of judgments*, in F. Ferrari, F. Ragno (eds) *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, ed. Wolters Kluwer/Cedam, 2016, pp. 188ss. M. THÖNE, *Die Abschaffung des Exequaturverfahrens und die EuGVVO. Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht*, ed. Mohr Siebeck, 2016.

¹⁹⁶ F. GARAU SOBRINO, *La delcaración de ejecutividad automática: Hacia una nueva teoría general del exequatur?*, in *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, 2004, pp. 96ss

¹⁹⁷ R. ROSSKOPF, *Unaccompanied minors in international, european and national law*, ed. Berliner Wissenschafts Verlag, 2016.

¹⁹⁸ See the case: *Šneerson and Kampanella v. Italy* of 12 July 2011

¹⁹⁹ T. KRUGER, L. SAMYN, *Brussels II bis: successes and suggested improvements*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 134ss.

²⁰⁰ See in argument from the English jurisprudence the next cases: *Motorola Credit Corporation v. Uzan* (2004) 1 W.L.R. 113 (CA); *Sandisk Corporation v. Koninklijke Philips Electronics NV & Ors* (2007) EWHC 332 (Ch) (27 February 2007); *Masri v. Consolidated Contractors International Company SAL & Anor* (includes Addendum) (2008) EWCA Civ 303 (4 April 2008); and a restrictive approach in particular in prevalent measures see: *Banco Nacional De Comercio Exterior SNC v. Empresa De Telecomunicaciones De Cuba SA & Anor* (2007) EWCA Civ 662 (04 July 2007). See also: L. MERETT, *Worldwide freezing orders in Europe*, in *Cambridge Law Journal*, 2007, pp. 496ss. M. WELLER, *Der Kommissionsentwurf zur Reform der Brüssel I-VO*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2012, pp. 44ss. P.A. NIELSEN, *The Recast of the Brussels I Regulation*, in M. BONELL, M.L. HOLLE, P.A. NIELSEN (eds.), *Liber Amicorum Ole Lando*, ed. Djøf, 2012, pp. 257ss. H. MUIR WATT, D. BUREAU, *Droit international privé*, Tome I, ed. PUF, 2014, pp. 182ss, which the author declares that: "(...) La physionomie du contentieux international se transforme, se jouant de plus en plus désormais au stade du provisoire (...)". J. VON HEIN, *Die Neufassung der EuGVVO*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2013, pp. 98ss.

²⁰¹ S. MORANO-FOADI, L. VICHERS, *Fundamental rights in the European Union: A matter for two Courts*, Hart Publishing, 2015. N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. RAGNI, C. PITEA, *International Courts and the development of international law*, T.M.C. Asser Press, 2013, pp. 872ss.

tion²⁰², even in harmony with the Hague system²⁰³, with the aim of defining the dispute in a context of integration between the national systems in which the inquiry required to make the return is entrusted to the judge of the State of the last child's residence before the abduction²⁰⁴. On this solution has of course affected, the ruling by the Court of justice for a preliminary ruling in respect of the same case, which reiterated the obligation for the national Court to make the return order, as it was reserved for the Court of origin to carry out an assessment of the facts and Regulations in the light of the child's interest²⁰⁵. And then the question that arises is to give greater value and better protect a human right we have to resort to two different Courts dealing with the same human rights issue. We must take into account that in the Union's legislation there is room for flexibility in the ability of the competent Court to transfer the proceedings concerning the return of the minor to the judicial authorities of another Member State with whom the minor has "a particular link" and therefore it is more appropriate to deal with the whole case or part of it "where this corresponds to the child's interest" (as is also envisaged by art. 15 of the Brussels Regulation II-bis)²⁰⁶. Basically the link criteria they should find tracing the legal order in a fixed or variable manner, more closely related to matrimonial life, such as the one where the last spouse's residence is located, their common citizenship or the order of the forum. We can not escape the parallelism between private international law and material law. For some countries, the divorce institute for mutual consent appears consistent with the private autonomy that is recognized as eligible to play a role also from the point of view of the law regulating the dissolution of conjugal constraint²⁰⁷.

29. With the Brussels Regulation II, the principle of *perpetuatio iurisdictionis* is diminished, according to which the criterion refers to "the date on which the (judges) are admitted" thus allowing the Court of origin the obligation to listen to the child by making more the case law of the European visible. Moreover, the refusal of recognition and the execution of a decision is also prevented "when the Court of origin has declared that it has fulfilled that obligation"²⁰⁸. In fact, the Regulation allows and shows greater sensitivity to the legal culture of individual states, and the proposed changes make the Court judgment of the child's habitual residence²⁰⁹ and the maximum innovation in section 3 on the circulation of decisions more smoothly, where (...) it emphasizes the importance of direct cooperation between judges and the search for coordinated solutions, not only with regard to cases of international

²⁰² S.F. HALABI, *Abstention, parity, and treaty rights: How federal Courts regulate jurisdiction under the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2014, pp. 148ss. Z. M. HIGHTOWER, *Caught in the middle: The need for uniformity in international child custody dispute cases*, in *Michigan State International Law Review*, 2013, pp. 645ss. S.M. BAIRD, *Stuck in the pipeline: An analysis of the Hague Convention and its effects on those in the process of international adoptions*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2016, pp. 5ss.

²⁰³ H. LOO, *In the child's best interests: Examining international child abduction, adoption, and asylum*, in *Chicago Journal of International Law*, 2016, pp. 17ss.

²⁰⁴ See from the ECtHR the case: *Labassee v. Francia* of 26 June 2014 and *Menesson v. France* of 26 June 2014. In the argument see: H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Critique de Droit International Privé* 2015, pp. 2 ss.

²⁰⁵ See the case from the Court of Justice: *Povse v. Alpage* C-211/10 PPU of 1st July 2010.

²⁰⁶ T. KRUEGER, *Brussels IIa recast moving forward*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2017, pp. 462ss.

²⁰⁷ See: P. GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1992, pp. 426ss. S. DJEMNI WAGNER, *Evolution du droit communautaire de la famille: le règlement Bruxelles II bis sur la responsabilité parentale*, in D. GADBIN, F. KERNALEGUEN (a cura di), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, ed. Bruylant, 2004, pp. 192ss. B. ANCEL, H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le règlement dit Bruxelles II*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2001, pp. 4110ss. P. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification. Quelques conjectures*, in *Rabels Zeitschriften für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, pp. 226ss.

²⁰⁸ A. C. OLLAND, *A Judge's Perspective on the Cooperation Mechanism*, in *Recasting the Brussels IIa Regulation*. Workshop 8 November 2016 (European Parliament, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, PE 571.383), 2016, pp. 55ss.

²⁰⁹ See also the sentence of the Royal Court of Justice in the case: *In re Bates*, 1989 WL 1683783, at par. 13: "(...) the Court described "habitual residence" as follows: there must be a degree of settled purpose. The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely. Indeed his purpose while settled may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled (...)".

abduction but also in cases of litigation, prolongation and transfer of powers, as well as enforcement of decisions in parental matters (...)”²¹⁰.

30. But the ECtHR does not function in the same way. Obviously, the EU legislature has shown greater commitment to safeguard fundamental rights in other areas than the rights of minors related to the recognition of judgments issued in other Member States, as in the case of the European Enforcement Order for claims not contested by Regulation n. 805/2004²¹¹, while eliminating checks at the stage of execution and providing for some limited review possibilities (pursuant to art. 19), while respecting the rights of defense and the fair trial (recitals 10 and 11)²¹². In particular the Court of justice confirmed the approach in case *ASML Netherlands BV v. Semiconductor industry services GmbH (Servis)* C-283/05 of 14 December 2006 that: “(...) a balance must be struck under the Brussels I Regulation to prevent undermin(ing) (...) the rights of the defense (...) this balance must reflect effective judicial protection, itself to be achieved in fulfillment of the common constitutional traditions of the Member States (...) and thereby the ECtHR (...)”²¹³.

31. Equally important is the fact that the guarantee of fundamental rights also goes hand in hand with the award of national judges a certain margin of appreciation regarding the correct interpretation of the rules on jurisdiction and the recognition of judgments. In this respect, the preamble to the Brussels Regulation I²¹⁴ revised by Regulation n. 1215/2012²¹⁵ (so called Brusells I bis) which refers to the need for the Court, when applying the rules on jurisdiction and recognition of judgments²¹⁶ to take into account the circumstances of the case being examined by ensuring that it is decided by an authority whenever possible when hearing the child (case *Aguirre Zarraga* of 22 December 2010)²¹⁷, and has ruled that the competent Court must undertake all the necessary investigations to verify the existence of the child of a child's right of reliance on whether or not his/her transfer abroad (as in *J.Mc.B* of 5 October 2010) “reasonably foreseeable” can be inferred and also the connection of the dispute with a third state, within

²¹⁰ F. PAULINO PEREIRA, *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne: bilan et perspectives*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, pp. 3ss.

²¹¹ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims

²¹² M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, ed. Larcier, 2013.

²¹³ See, E. TORCRUBB, *Civil procedure and EU law. A policy area uncovered*, Oxford University Press, 2008, pp. 150ss. P. ROBERSON, *Collier's conflict of laws*, Cambridge University Press, 2013, pp. 230ss. A. BRIGGS, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 2013. M. HARDING, *Conflict of laws*, ed. Routledge, 2013. J.J. KUIPERS, *The right to a fair trial and the free movement of civil judgments*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2010, pp. 24ss.

²¹⁴ See in particular: E. LEIN, *The Brussels I review proposal uncovered*, ed. Maklu, 2012.

²¹⁵ See in particular the next cases from the Court of Justice: *Emmanuel Lebek v. Janusz Domino* C-70/15 of 7 July 2016; *Universal Music International Holding BV v. Michael Têtreault Shilling* C-12/15 of 16 June 2016; *Virpi Komu v. Pekka Komu and Jelena Komu* C-605/14 of 17 December 2015; *Irmengard Weber v. Mechilde Weber* C-438/12 of 3 April 2014; in particular in this ultimate case the Court has declared that: “(...) Since the “jurisdiction of the Court first seized (could not be) be formally established (...) the Advocate General confirmed (...) that there was no lis pendens in operation in this case and proceedings in the Court second seized need not be stayed. He relied on dicta (...) to justify that it was inappropriate for it to stay proceedings pending before it (...) the justification for the “reliable assessment“ this was premised on the fact that the Court first seized did not have jurisdiction and could not therefore either determine the question of lis pendens nor issue a judgment capable of recognition under Articles 35(1) and 45(1) (...)”. *Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic* C-218/12 of 17 October 2013; *Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi* C-190/11 of 6 September 2012. See, J.P. BERAUDO, *Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sul la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal de Droit International*, 2013, pp. 742ss. L. GRARD, *La communautarisation de “Bruxelles I”*, in *Revue Gènere de Droit International Public*, 2013, pp. 530ss. P. BEAUMONT, M. DANON, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, 2017.

²¹⁶ U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, R. FENTIMAN, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2012. K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES, *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Eleven Publishing & Shulthess, 2010, pp. 174ss. P. STONE, Y. FARAH, *Research handbook on EU private international law*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 250ss.

²¹⁷ G. BIAGIONI, *The Aguirre Zarraga case: Freedom of circulation of judgments goes one step further*, in J. DIEZ HOCHLEITNER, C. MARTINEZ CAPODEVILA, Y. FRANTOS MIRANDA, *Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union*, ed. Wolters & Kluwer, 2012, pp. 606ss.

the limit allowed by the rules, to ensure good or proper administration of justice, to ensure a better access to justice²¹⁸, and the predictability of the outcome of judicial disputes²¹⁹.

32. Art. 21 of the above mentioned Regulation lays down the principle of automatic recognition and the possibility of suspending the request for recognition of a measure if it has been contested by an ordinary means. This means that according to art. 27 of the Regulation any decision shall be automatically recognized in the Member States of the EU²²⁰. In particular the Court in case *J. Mc.B.* held: "(...) that the Regulation must be interpreted as meaning that "whether a child's removal is wrongful for the purposes of applying that Regulation is entirely dependent on the existence of rights of custody, conferred by the relevant national law, in breach of which that removal has taken place (...)". Brussels II bis and the Hague Abduction Convention could be interpreted as having co-extensive definitions and purposes²²¹. That means that the Member States could use their Convention jurisprudence to define the scope of the Regulation and the Regulation can apply as intended between Member States, and a radical change in Hague Abduction Convention jurisprudence is prevented²²². In the question of the possible conflict between the provisional measures adopted by two different judges, the solution remains that of Regulation n. 2201/2003 and also reiterated by the judgment of the Court of Justice: *Italian Leather SpA v. WECO Polstermöbel GmbH & Co* C-80/00 of 6 June 2002 and *Gothaer Allgemeine Versicherung AG and others v. Samskip GmbH* C-456/11 of 15 November 2012, which the Court did not consider: "(...) not preclusive of recognition any conflicting provisional measure issued in the requested Member State (...) "²²³. In the case of an unknown decision to the law of the Member State, Regulation n. 1215/2012 has taken into account that the measure is "adapted" according to what is provided by the State having "equivalent effect" and "pursuing similar objectives and interests" according to art. 54²²⁴. Again, in that case, the Court of Justice-in *DHL Express France SAS v. Chronopost SA* C-235/09 of 12 April 2011-has confirmed that: "the objectives of this measure should have been achieved by applying the relevant national rules (...) to ensure that the ban is respected (...) "²²⁵. This is a regulatory framework in which the principle of certainty and that of the automatic execution of the measure in the European judicial area are balanced and flexibly guaranteed by access to justice and due process²²⁶.

33. The principle of flexibility also arises in art. 7 of Regulation n. 4/2009 of the food aid²²⁷, which allows an action on the basis of the so called "forum necessitatis"²²⁸ to be admissible as a direct

²¹⁸ See the recital 1 and 3 of Regulation Bruxelles I bis. See, R. Money-Kryle, *Legal standing in collective redress actions for breach of EU rights: Facilitating or frustrating common standards and access to justice?* in B. HES, M. BERGSTRÖM, E. STORSKRUBB, *EU civil justice: Current issues and future outlook*, ed. Bloomsbury, 2016. S.A. DE VRIES, *European Union and ECHR: Conflict or harmony?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, pp. 80ss. J. MEEUSEN, F. VAN OVERBEEKE, L. VERHAERT, *The link between access to justice and european conflict of laws after Lisbon, much ado about nothing?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2017.

²¹⁹ See the recital n. 15 of Regulation Bruxelles I bis and especially the recital n. 29.

²²⁰ See in argument: E. SHEIDUNG, *Familienrecht*, ed. Beck, 2017, pp. 326ss.

²²¹ See: D. LIAKOPOULOS, *Article 11 (6)-(8) Brussels II and the child abduction: An analysis and overview*, in *International and European Union Legal Matters, working paper series*, 2014.

²²² C. DEKAR, *J.Mc.B v. L.E.: The intersection of European Union Law and private international law in intra-European Union child abduction*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, pp. 1433ss.

²²³ M. BOGDAN, U. MAUNSBACH, *European Union private international law: An ECJ casebook*, Europa Law Publishing, 2012.

²²⁴ V. PULJKO, *Regulation (EU) n. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters with special reference to the relationship between the Regulation and arbitration*, in *Interdisciplinary Management Research*, 2015, pp. 4ss.

²²⁵ M. POHL, *Die Neufassung der EuGVVO-im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle*, op. cit., pp. 111ss.

²²⁶ W.R. MUSGROVE, *Substantive due process: A history of liberty in the due process clause*, in *University of Saint Thomas Journal of Law & Public Policy*, 2008, pp. 127ss.

²²⁷ See the case from the Court of Justice: *Sophia Marie Nicole Sanders v. D. Verhagen and B. Huber v. M. Huber*, op cit.. See in argument also: H. PÉROZ, *Le règlement CE n. 805/2004 del 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées*, in *Clunet*, 2005, pp. 638ss. L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires im-poste par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, pp. 2ss. A. SADLER, *From the Brussels Convention to Regulation 44/2001. Cornerstones of a european law of civil procedure*, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1638ss.

²²⁸ *Forum necessitatis* is a legal doctrine "which allows proceedings to brought when there would otherwise be no access

solution to remedy a practical problem and precisely to the finding of a closure rule in a complete system with jurisdictional titles and when no applicable rules confer jurisdiction on a Member State and it is impossible for the case to be brought to the jurisdiction of a third State, or judgment can not reasonably be promoted or cultivated in that country. Thus states exercise their *potestas iudicandi* on the basis of the “need” of eliminating exorbitant holes, overcoming the fragmentation of the application of national subsidiary rules and avoiding a contraction of the overall scope of their jurisdiction. The *forum necessitatis* avoids that the principle considered fundamental in the European judicial area can be prejudiced²²⁹, *rectius* denied with the specification that this principle should be placed not in the preservation of advertising values (for example in the case of public order) but only for the protection of the fundamental rights of the actor. It is thus avoided to refrain from a denial of justice and it is easier to find solutions complying with the ECtHR (art. 6)²³⁰ and the Charter on Fundamental Rights and Freedoms (art. 47)²³¹. Of the same spirit is art. 10 of Regulation n. 1259/2010 (the so called Rome III)²³² in matters of divorce and personal separation, under which the judge may disregard the law of a State which does not provide for divorce or discriminate between spouses in relation to access to divorce or separation on grounds of sex, irrespective of whether it is a Member State or of a third State²³³.

34. In the matter of separation and divorce, the Court has ruled in *Soha Sahyouni v. Raja Mamisch* C-281/15 of 12 May 2016 based on Regulation n. 1259/2010 and the regulating law art. 4 which does not distinguish between separation and divorce, but applies to all: “(...) situations that are present one or more elements of alienation in relation to the domestic social life of a country and which may involve more legal systems. It therefore intervenes only in situations of an international nature, such as those where spouses have different nationalities or who live in different Member States or a Member State of

to justice (...) In order for a Court to exercise jurisdiction under *forum necessitatis*, there must be (1) some connection with the forum state, and (2) some obstacle preventing the plaintiff from bringing proceedings abroad (...). See, M. D. GOLDBABER, *Corporate human rights litigation in non-U.S. Courts: A comparative scorecard*, in *U.C. Irvine Law Review*, 2013. In particular the Netherlands has reached beyond the French jurisdictional arm by adding that jurisdiction is permitted if it would be unacceptable to expect the plaintiff, who has a sufficient connection with the Netherlands, to bring the suit elsewhere. See in argument: I. CURRY-SUMMER, *Rules on the recognition of parental responsibility decisions: a view from the Netherlands*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2014, pp. 546ss.

²²⁹ S. REDFILED, *Searching for justice: The use of forum necessitatis*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2014, pp. 912ss.

²³⁰ J.J. FAWCETT, *The impact of art. 6 (1) of the ECHR in private international law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2007, pp. 25ss.

²³¹ See the relevant cases from the ECtHR: *Klass and others v. Germany* of 6 September 1986; *Silver v. United Kingdom* of 24 September 1982; *Gautrin and others v. France* of 20 May 1998; *Ergi v. Turkey* of 28 July 1998. H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TÜRK, *Administrative law and policy of the EU*, Oxford University Press, 2011, pp. 140. In case C-509/01 *OBB-Personenverkehr A* of 26 September 2013 the Advocate General Jääskinen has declared that: “(...) when a Member State in the exercise of discretion to designate the Court and Tribunals having jurisdiction and the lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from community law has left room for argument of a compliance failure appertaining to the principle of effectiveness, the obligation imposed by the EU law (...)”. See in argument also the joined cases: C-444/09 and C-456/09 *Gavieiro and Torres* of 22 December 2010; C-240/09 *Lessochranarske zoskyuperie* of 8 March 2011 and C-249/11 *Hristo Bykanov* of 4 October 2012. In argument see also: S. ALBER, *Recht auf einen wirksamen Rechtbehelf und ein unparteiisches Gericht-Art. 47*, in P. TETTINGER, K. STERN, *Kölner Gemeinschafts Kommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, C.H. Beck, 2006, pp. 734ss. L. BURGORGUE-LARSEN, *La Charte des droits fondamentaux saisie per les jugès en Europe*, op. cit. A. BAILLEUX, S. VAN DROOGHENBROECK, X. DELGRANDE, *La Charte des droits fondamentaux. Invocabilité, interprétation, application et relations avec la Convention européen ne des droits de l’homme*, in A.A.V.V., *Les innovations du traité de Lisbonne*, ed. Bruylant, 2011, pp. 252ss. S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international et européenne des droits de l’homme devant le juge national*, ed. Larcier, 2014. M. MÖRK, *An end to the possibilities-on horizontal liability in Laval and the limits of judicial rights protection*, in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERHILL, *The protection of fundamental rights in the EU after Lisbon*, op. cit., T. KERIKMÄE, *Protecting human rights in the EU. Controversies and challenges of the Charter of Fundamental Rights*, ed. Springer, 2014, pp. 82ss.

²³² 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. See from the Court of Justice: *Soha Sahyouni v. Raja Mamisch* C-281/15 of 12 May 2016. See, I. VIARENGO, *The Rome III Regulation in legal practice: Case law and comments*, in *ERA Forum*, 2014, pp. 548ss. J. MÖRSDORF-SCHULTE, *Europäisches internationales Scheidungsrecht (Rom III)*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 789ss.

²³³ I. VIARENGO, *Choice of law agreements in property regimes, divorce and succession: stress-testing, the new European Union Regulations*, in *ERA Forum*, 2016, pp. 544ss.

which at least one of them is not a citizen (“international couples”). We are talking about a Regulation that is inspired by the principle of enhanced cooperation, an indispensable and inevitable tool for enlargement of the Union and of political and democratic values, a source of harmonization and integration of the European legal space. Enhanced cooperation that “(...) must not affect the internal market or social and territorial cohesion, nor should it hinder or discriminate trade between Member States or distort competition (...) in accordance with art. 326 TFEU²³⁴. On the other hand, a Regulation of international character/universality as has been reported by most of the doctrine because it looks, *rectius* disciplines the life of the couple and not just the couple. In the past, the Court of justice sought to protect the life of the couple based on indirect discrimination (retirement/retribution, breach of Council Directive 2000/78 of 27 November 2000) as a fundamental right through the judgment *Jutta Johannes v. Hartmut Johannes* C-430/97 of 10 June 1999 which the Court answered: in the negative: “(...) asserting that (at that time) “(n)either the national provisions of private international law determining the substantive national law applicable to the effects of a divorce nor the national provisions of civil law substantively regulating those effects fall within the scope of the Treaty (...)”²³⁵. In cases: *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* C-267/06 of 1^o April 2008 and *Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg* C-147/08 of 10 May 2011 such as Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of European Union, prohibiting discrimination on the ground, *inter alia*, of sex, racial or ethnical origin, and religious belief, and Article 19, paragraph 1, of the TFEU, whereby the Union is entitled to adopt measures aimed at combating discrimination. The Luxembourg judges had to examine the matter in order to ensure the principle of equality in employment and occupation. Even with the sentence *Maruko* the Court, tried to guarantee the enjoyment of the widow's pension. In practice, the Regulation n. 1259/2010 was based on the equality of the spouses in two respects: (a) the design of the relevant conflict-of-laws provisions is not discriminatory *per se*; and (b) to avoid the risk that the application of the latter provisions might result in divorce or legal separation (which is in the same level under the present Regulation) being subject to a substantive law placing granting one spouse a preeminent position²³⁶.

35. The ECtHR through the following judgments: *Karner v. Austria* of 24 July 2003; *Kozak v. Polonia* of 14 March 2010, *Schalk and Kopf v. Austria* of 24 June 2010 noted that sexual orientation is tight and the measure must be not only proportionate but also necessary according to art. 12 of the ECHR²³⁷, providing for the marriage between persons of different sex²³⁸ that according to the Court: “(...) it does not entail the obligation for States to allow marriage between persons of the same sex, being reserved to the legislator of the individual States acceding to the European Convention the assessment of the opportunity to foresee such marriage (...)”²³⁹. The Court also highlighted the differences between the

²³⁴ See the case from the ECK: *Arslan* C-534/11 of 18 July 2013. See in argument: R.L. HOLZHACKER, P. LUIF, *Introduction: Freedom, Security and Justice After Lisbon*, in R. L. HOLZHACKER, P. LUIF (eds.), *Freedom, security and justice in the European Union: Internal and external dimensions of increased cooperation after the Lisbon Treaty*, ed. Springer, 2014. J. KUIPERS, *The law applicable to divorce as a test ground for enhanced cooperation*, in *European Law Journal*, 2012, pp. 23ss. S. PEERS, *Divorce european style: The first authorization of enhanced cooperation*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, pp. 340ss. D.A. KROLL, D. LEUFFEN, *Enhanced cooperation in practice. An analysis of differentiated integration in EU secondary law*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, pp. 354ss. M. PIECHOWICZ, *Evolution of Schengen. An example of enhanced cooperation and differentiated integration model with the area of freedom, security and justice*, in *Polish Political Science Yearbook*, 2017, pp. 124ss.

²³⁵ M.W. HESSELINK, *The general principles of civil law: Their nature, roles and legitimacy*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 2011.

²³⁶ See in argument: P. HAY, *Selected essays on comparative law and conflict of laws*, C.H. Beck, 2015, pp. 423ss.

²³⁷ U. KILKELLY, *The CRC in litigation under the ECHR. The CRC and the ECHR. The contribution of the European Court of Human Rights to the implementation of article 12 of CRC*, in T. LIEFAARD, J. DOEK (eds), *Litigating the rights of the child*, ed. Springer, 2014, pp. 195ss. S. KIRCHNER, *Limits of the negative dimension of article 12 of the European Convention on Human Rights*, Grin Publishing, 2015.

²³⁸ P. PUSTORINO, *Same-sex couples before the ECtHR: The right to marriage*, in D. GALLO et al. (eds.), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, ed. Springer, 2014.

²³⁹ L. HODSON, *A marriage by any other name: Schalk and Kopf v. Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, pp. 172ss. S. DOTHAN, *Judicial tactics in the European Court of Human Rights*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 2011, pp. 162ss. S. DOTHAN, *In defence of expansive interpretation in the European Court of Human Rights*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, pp. 510ss. M. GRIGOLO, *Sexualities and the ECHR: Introducing the univer-*

Strasbourg and Brussels systems where the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in art. 9, does not mention the differences of sex as a prerequisite for marriage²⁴⁰, unlike the ECtHR norm. The European Court has admitted that two people of the same sex may enjoy a family life under art. 8 of the European Convention of Human Rights²⁴¹. The difference with the rule of public order is that the norm identifies the precious material interests to be safeguarded in advance. However, the provision leaves a certain margin of uncertainty as to non coinciding with divorce or separation mechanisms that can be qualified as equivalent²⁴².

V. Private international law and protection of human rights in situations related to the rule of law of third countries and outside the European Union judicial area

36. With the EU's accession to the ECHR, the Strasbourg Court will play an important role in the rules of private international law applicable to realities linked to non EU states. The problem is not so much about the rules on the law applicable to divorce²⁴³ or food contracts, universally applicable

sal sexual legal subject, in *European Journal of International Law*, 2013, pp. 1026ss. L. HELFER, E. VOETEN, *International Courts as agents of legal change: Evidence from LGBT rights in Europe*, in *International Organization*, 2014, pp. 6ss. P. JOHNSON, *The choice of wording must be regarded as deliberate: Same-sex marriage and article 12 of the European Convention on Human Rights*, in *European Law Review*, 2015, pp. 210ss. L. WILDHABER, A. HJARTASON, S. DONNELLY, *No consensus on consensus? The practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2013, pp. 252ss. K. DZEHTSIAROU, *European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015, pp. 48ss.

²⁴⁰ A. LAQUER ESTIN, *Marriage and divorce conflicts in international perspective*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2017, pp. 490ss.

²⁴¹ See in argument: S. FRUEWALD, *Choice of law and same sex marriages*, in *Florida Law Review*, 1999, pp. 823ss. P. HAMME, *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2011, pp. 297ss. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010*, in *Diario La Ley*, 18 April 2011. S. IDOT, *Le divorce international, première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées*, in *Europe*, février 2011, pp. 2ss. K. BOELE-WOELKI, *To be or not to be: Enhanced cooperation in international divorce law within the European Union*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, pp. 780ss. M. BUSCHBAUM, U. SIMON, *Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de loi sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2011, pp. 803ss. J. FOYER, *Le changement de régime matrimonial en droit international privé, entre règles internes et règles internationales*, in *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, ed. Defrénois, 2012, pp. 273ss. G. BECK, *The legal reasoning of the European Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, 2012. S. THEIL, *Is the living instrument approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and international law*, in *European Public Law*, 2017, pp. 588ss. K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice*, in *EUI Working Papers*, 2013. J.D. LÜTTRINGHAUS, *Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 30ss. S. CORNELOUP (eds), *Droit européen du divorce/European divorce law*, Digione, ed. LexisNexis, 2013, pp. 518ss. K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, W. GEPHART, *Family law and culture in Europe: Developments, challenges and opportunities*, ed. Intersentia, 2014. C. KOHLER, W. PINTENS, *Entwicklungen im Europäischen personen- und Familienrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2016, pp. 1510ss. E. LAUROBA LACASA, M.E. GINEBRA MOLINS (ed), *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, Société de Législation Comparée, Paris, 2016. J.M. SCHEPRE, *European family law*, op. cit., I. VIARENGO, *The Rome II Regulation in legal practice: Case law and comments*, in *ERA Forum*, 2014, pp. 548ss. J. MÖRSDORF-SHULTE, *Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 789ss. B. LEMOINE, *Rome III Regulation. Getting divorced in Europe*, in T. GIEGERICH, D.C. SCHMITT, S. ZITZMANN, *Flexibility in the EU and beyond*, ed. Nomos, 2017, pp. 252ss. C. DOMÍNGUEZ, *Divorcio privado dictado por un Tribunal religioso de un tercer estado: Asunto C-281/15 Soha Sahyouni y Raja Mamish*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 632ss. G. RÜHL, J. VON HEIN, *Toward a european code of private international law?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, pp. 706ss. J. BASEDOW, *Kodifizierung des Europäischen Privatrechts?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, pp. 711ss. M. REIMANN, *Choice of law codification in modern Europe: The costs of multi-level law-making*, in *Creighton Law Review*, 2016, pp. 508ss.

²⁴² See from the ECtHR the next cases: *Johnston v. Ireland* of 18 December 1986; *Oliari and others v. Italy* of 16 September 2015; *Raban v. Romania* of 26 October 2010; *X. v. Latvia* of 26 November 2013, par. 92-110; *Jeunesse v. Netherlands* of 3 October 2014, pp. 109ss.

²⁴³ I. SPORTEL, *Divorce in transnational families: Marriage, immigration and family law*, ed. Palgrave, 2016, pp. 53ss. A. MILLS, *The identities of private international law: Lessons from the U.S. and EU revolution*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013.

to all relationships that are being considered in front of the forum of a Member State but to rules on jurisdiction, since non domiciled defendants in a Member State can apply the exorbitant criteria in the national system of the Court seized. In fact, the Brussels system, even in the revised version of the Brussels Regulation I bis²⁴⁴, grants jurisdiction to civil action for the criminal Court, and thus allows national jurisdiction criteria based on the nationality of the victim (and therefore of the actor)²⁴⁵. Given the extent of the jurisdiction conferred on the Courts of the Member States, it is possible in that case to have an orientation of civil action against non domiciled persons in EU space even when sufficient linkage/territorial jurisdiction (*örtliche Zuständigkeit*) is not sufficient of the cause with the Court seized.

37. We must take into account that European law has sought, above all, through its case law to follow the will of its legislator, namely to follow the conflict method rather than other different methods, respecting the consistency and mutual recognition of decisions as is also seen in art. 6 of the Rome I and Rome II Regulations "(...) the rules of conflict of laws in force in the Member States designate the same national law as the Court of the referring Court in order to facilitate the predictability of the outcome of legal disputes (...)"²⁴⁶. According to Janssens: "(...) both the EU and its Member States must be proactive in strengthening mutual recognition between national authorities, in particular, national judiciaries. This means that EU legislative measures that facilitate the application of the principle of mutual recognition must be accompanied by "trust-enhancing legislation". In the same way, the EU must prevent the emergence of "systemic deficiencies". To that effect, the new EU Framework to strengthen the Rule of Law put forward by the Commission appears to be an interesting initiative (...)"²⁴⁷. And according to the writer's opinion the principle of mutual recognition in the recognition of the European judiciaries implies that the executing Member State must accept variations in sentencing levels. The internal market method implies that the service provider is only subject to the law of control of the authorities of the State in which it is established and where he is lending his services in another Member State is guaranteed the recognition of the right to exercise and activity based on the law of a Member State, avoiding such additional restrictions on the law of other Member States. Within this circle, the principle of the State of origin excludes the application of the standard of traditional conflict as it prevents any other law from operating and regulating liberally by facilitating the conditions laid down by the laws of all Member States. It is not a general but specific and concrete enjoyment with derogations and exceptions that meet different needs and interests deserving of specific protection that demonstrate the intrinsic inadequacy of becoming a general method for resolving conflicts of laws²⁴⁸.

38. In particular, the Court of Justice, as is also apparent from the judgments of the above mentioned cases, certainly takes into account national law which must be justified by overriding reasons of public interest; applied in a non discriminatory way; respects the principle of proportionality in such a way that it is appropriate to attain the aim pursued according to the negotiating matter. In the same vein, European law has also sought to resolve disputed with third countries through *erga omnes* conflict rules

²⁴⁴ F. GASCÓN-INCHAUSTI, *La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le règlement Bruxelles I bis*, in E. GUINCHARD (eds), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, ed. Larcier, 2014, pp. 210ss.

²⁴⁵ Art. 5, par. 4 of Regulation Bruxelles I and art. 7, par. 3 of Regulation Bruxelles I bis. See, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento Bruselas I*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, pp. 330ss. J. VELÁZQUEZ GARDETA, *La indefensión del demandado como excepción en el proceso civil internacional dentro de la Unión Europea*, in J. GOIZUETA, M. CIENFUEGOS (eds.), *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*, Cizur Mayor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 216ss.

²⁴⁶ L. BAY LARSEN, *Some Reflections on Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in P. CARDONNEL, A. ROSAS, N. WAHL (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, 2012, pp. 142ss. C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU Law*, in Oxford University Press, 2013. M. KÖCK, *Die einheitliche Auslegung der Rom I, Rom II und Brüssel I Verordnung im europäischen internationalen Privat und Verfahrensrecht*, ed. Ducker & Humblot, 2014.

²⁴⁷ C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU Law*, in Oxford University Press, 2013. G. LAUTENBACH, *The concept of the rule of law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2013.

²⁴⁸ C. KUMPAN, *Conflicts of interest*, in J. BASEDOW, K.J. HORT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *Encyclopedia of European private law*, op. cit.,

seeking recognition and enforcement of judgments issued in third countries following a path of dogmatic perspectives, the development of new methods, tools by guaranteeing and respecting the exegetical principles and criteria of European law, leaving it open and in the way to different kinds of acts and instruments, which surely will cover gloomy gaps in various subjects in the near future.

39. In fact, international practice does not provide unequivocal elements regarding the configurability of States obligation not to apply exorbitant criteria with regard to foreigners, despite the fact that the ECHR has generally pleaded its own power to rule on it, for example in the *McDonald* case of 29 April 2008, the Court held that: “(...) art. 6 implies a control of the rules of jurisdiction in force in the contracting states in order to ensure that the latter do not undermine a right protected by the Convention (...)”²⁴⁹. In this respect, the ECtHR considered the criteria of jurisdiction in relation to the two processes in a case where the application of an exorbitant criterion ended in depriving a person of the possibility of exercising his right, giving rise to a real denial of justice. In case *Saileanu v. Romania* of 2 February 2010 the Court was interested in obtaining divorce despite the fact that California civil action was precluded while at the same time being denied the admissibility of the petition in Romania for incompetence of the judge.

40. It is not excluded that in the near future an obligation to modify the exorbitant criteria on the basis of the right to a fair trial under art. 6, par. 1 ECHR and art. 14, par. 1 of the United Nations Civil and Political Rights Act of 1966²⁵⁰, which were reproduced in art. 47, 2nd par. of the Charter of Fundamental Rights²⁵¹. The Charter of Fundamental Rights certainly strengthens in the EU system the importance of values such as non discrimination²⁵² to which all persons, including those belonging to third countries, are addressed: in this be interpreted art. 21, par. 2, which prohibits discrimination on grounds of nationality, subject to the provisions of the Treaties and other acts in force²⁵³. Within this spirit, the other provisions, such as those relating to the due process, must be interpreted. The rule that denies the applicability of the criteria of exorbitant jurisdiction to disputes where persons domiciled or resident in the European judicial area are accused demonstrates the Member States disapproval of those criteria. However, the need to eliminate the Court's recognition of the jurisdiction of the Court of origin also required the need to eliminate the exorbitant criteria in the mutual relations between the Member States. With regard to the law of third states, that objective does not exist and therefore the very basis of the abandonment of exorbitant criteria and of the mutual acceptance of limits on the exercise of jurisdiction in the absence of significant ties with the dispute arises. And let us not forget that the same identification of exorbitant criteria presents numerous margins of uncertainty, as has clearly emerged from the Hague Conference on Private International Law on Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments²⁵⁴,

²⁴⁹ *Jackson Mc Donald v. France* of 29 April 2008. In the same spirit see: *Hornsby v. Greece* of 19 March 1997; *Burdov v. Russia* of 6 March 2003; *Sylvester v. Austria* of 9 October 2003; *Jovanovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* of 7 January 2010; *Vrbica v. Croatia* of 1st April 2010. See also: L.R. KIESTRA, *The impact of the European Convention on Human Rights on private international law*, T.M.C. Asser Press & Springer, 2014, pp. 204ss.

²⁵⁰ S. JOSEPH, M. CASTAN, *The international Covenant on civil and political rights. Cases, materials and commentary*, Oxford University Press, 2014.

²⁵¹ F. PICOD, S. VON DROOGHENBROECK, *Après-midi d'étude. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, ed. Larcier, 2017.

²⁵² See the case: *D.H. and others v. The Czech Republic* of 13 November 2007. C. DANESI, *How far can the European Court of Human rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, pp. 794ss. K. BARNES, *Adjudicating equality. Antidiscrimination education jurisprudence in the European Court of Human Rights*, in *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, 2017, pp. 206ss.

²⁵³ See the cases of the Court of Justice: *Galleazzo and Benatti* C-101/03 of 2 October 2014; *Runević-Vardyn and Wardyn* C-391/09 f 12 May 2011; *Dafeki* C-366/94 of 2 December 1997; *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien* C-208/09 of 22 December 2010. The Court of Justice in the above cases has noted that the principle of mutual recognition of family and personal statutes is based in the Union's ordinance on the citizenship of Union, on the freedom of movement and the obligation of loyal cooperation between Member States, the Court of Justice remains competent to verify the legitimacy of the use of the exception in relation to public policy, with the exception of the need to protect the general interest requirements imposed by the State and the proportionality of the restriction on freedom of movement so determined. See: R. GEIGER, D.E. KHAN, M. KOTZUR, *European Union Treaties. A Commentary*, C.H. Beck & Hart Publishing, 2015.

²⁵⁴ C.A. WHYTOCK, *Faith and scepticism in private international law: Trust, governance, politics and foreign judgments*, in *Erasmus Law Review*, 2015.

during which a black list of criteria to be eliminated in the future convention, but not accepted by the United States because it included some considered irreplaceable in the light of common law²⁵⁵. So we can say that in the case of the abolition of “excessive” jurisdictional criteria can be seen in the light of the fundamental right to a fair trial, an enlargement by the EU institutions, overcoming the logic of the reciprocity of the Brussels system, that is to extend tout Court the criteria applicable in internal European relations to disputes involving non EU reality areas²⁵⁶. This is a strengthening, *rectius* unification of the credibility of a system that considers the automatic effectiveness of judgments emanating from Member States. The case law of the ECHR could already contribute to strengthening the integration process by directly involving the states, as well as the EU institutions, and supporting the latter in the progressive overlapping of uniform criteria to national ones. This result can help overcome the obstacles still present in the conclusion of a universal convention²⁵⁷. The European Institutions have shown in practice guidelines for openness and better justice and greater protection as set out in the Brussels Regulation I to a judgment in a third State as a limit to the recognition of a judgment subsequently rendered in European territory with title and object identity²⁵⁸. The decisions of the Court of Justice on the Brussels I Regulation continue to march towards an increasingly particularized jurisprudential framework for the autonomous interpretation of EU private international laws, as declared that: “(...) the key developments (...) in the broadening or gradual expansion of fundamental rights but crucially also adjustments (...) on the grounds of justification for restrictions of those rights (...)”²⁵⁹.

41. Equally important is the amendment to the Brussels Regulation I bis, where art. 33 and 34 concern the incidence of an identical or related case in a third country. In such a case, the Court of the then Member State may suspend the proceedings where the judgment of the third state can be recognized and is convinced that such suspension is “(...) necessary for the proper administration of justice (...)”. Regardless of the parties' domicile (*actor sequitur forum rei*), the choice of the competent forum (art. 25 of the Brussels Regulation I bis) prevails on the forum even if the same dispute has been invoked subsequently²⁶⁰. Art. 79 commits the Commission (even in very long terms: 11 January 2022) to submit to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of the Regulation including an assessment of the need to further extend the rules on jurisdiction the defendants who are not domiciled in a Member State, in the light of the experience of applying the Regulation and possible developments at international level. We can say that the whole of EU rules in the field of private international law and procedural law is an integrated regional system that, insofar as it fully embraces

²⁵⁵ See, R.A. BRAND, *The 1999 Hague Preliminary Draft Convention text on jurisdiction and judgments: A view from the United States*, in F. POCAR, C. HONORATI (a cura di), *The Hague Preliminary Draft Convention on jurisdiction and judgments*, ed. Cedam, 2005, pp. 3-40.

²⁵⁶ See, C. FOCARELLI, *The right of aliens not to be subject to so-called “excessive” civil jurisdiction, in enforcing international human rights*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI, *Domestic Courts- International studies in human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 441-447. The jurisprudence of the Court of Justice was oriented in this way with the case: *Mainschiffahrts-Genossenschaft, C-106/95* of 20 February 1997. See also: P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, 1986, pp. 32ss. D. KOKKINI-IATRIDOU (a cura di), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction-ou le principe de proximité*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994. A.E. VON OVERBECK, *De quelque règles générales des conflits de lois dans les codifications récentes*, in *Basedow (a cura di), Private Law in the international Arena-Liber amicorum Kurt Siehr*, ed. Springer, 2000, pp. 550ss.

²⁵⁷ C. GRABENWARTER, *European Convention on human rights: ECHR*, C. H. Beck, 2014.

²⁵⁸ P. HOVAGUIMIAN, *The enforcement of foreign judgments under Brussels I bis: false alarms and real concerns*, in *Journal of Private International Law*, 2015, pp. 214ss. T. RATKOVIĆ, D. ZGRABLIĆ ROTAR, *Choice of Court agreements under the Brussels I Regulation (Recast)*, in *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 246ss. U. MAGNUS, P. MANKWOSKI, *European Commentaries on Private International Law Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 614ss. A. MUKARRUM, *The nature and enforcement of choice of Court agreement. A comparative study*, Hart Publishing, 2017.

²⁵⁹ See also: P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, (eds), *Coherence and fragmentation in European private law*, Sellier European Law publishers, 2012. J. POLAKIEWICZ, *The EU Law and the ECHR: Will the European Union's accession square the circle?*, in *European Human Rights Law Review*, 2013, pp. 604ss. S.A. MIKO, *Norm conflict, fragmentation and the European Court of Human Rights*, in *Boston College Law Review*, 2013.

²⁶⁰ T. BOSTERS, *Collective redress and private international law in the European Union*, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 74ss. V. LAZIĆ, S. STUIJ, *Brussels I bis Regulation. Changes and challenges of the renewed procedural scheme*, ed. Springer, 2016, pp. 587ss.

commonly shared values, can extend beyond territorial boundaries and facilitate adaptation also of other regulatory systems that are out of the basic principles of the right process²⁶¹. In particular in case *Antonio Gramsci Shipping Corp v. Aivars Lembergs* C-350/13 of 5 June 2014 the question referred to the Court of Justice by the Latvian Court was whether it was compatible with the Regulation for the Courts of a Member State for a Mareva injunction to be enforced in the Courts of another Member State when damage to third parties may occur as a result of such enforcement²⁶². In this case, the Court recognized that: “(...) in exceptional circumstances, it can examine the conditions (to determine) jurisdiction (...) the Court plainly refused to give a ruling on the matter. The question therefore remains as to whether a Mareva injunction or similar procedural mechanism granted by the Courts of a Member State, could legitimately constitute an infringement of the rights of third parties in breach of Article 47 of the Charter (...)”²⁶³.

42. In the end we can say that as far as the case is concerned real estate and border rights and/or when found in various countries it is normal to link to *lex rei sitae*. In this case, we can speak of an objective link, based on a relationship that is equidistant from the parties and safeguarding the interest of the state in maintaining the closed end catalog of real rights²⁶⁴. Again, we can speak of a form of protection of real law which enjoys certain faculties and at the same time being subject to certain obligations, those of *lex rei sitae*²⁶⁵. The fact that any form of registration, transcription or enrollment is required makes the judge in front²⁶⁶ to a predictable and meaningful law. Thus, on the one hand, the self determination of the interested parties is privileged and on the other hand the certainty of the law, through a certain concrete case that avoids the general and abstract forms. This method does not affect human rights and strengthens the principle of non discrimination.

43. Within the framework of private international law and situations related to the laws of third countries and outside the European Union judicial area, attention is also paid to the protection of interests and rights in the event of insolvency²⁶⁷. Regulation n. 1346/2000 on cross border insolvency²⁶⁸ and Regulation n. 2015/848, which entered into force on 25 June 2017²⁶⁹ establishes that the Court hearing the

²⁶¹ E. POILLOT, I. RUEDA, *Les frontières du droit privé européen/The boundaries of european private law*, ed. Larcier, 2012.

²⁶² D. DONOHO, *Human rights enforcement in the twenty-first century*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 2014, pp. 78ss.

²⁶³ See, L. COLLINS, A. BRIGGS, J. HARRIS, J.D. MCCLEAN, C. MCLACHLAN, C.G.J. MORSE (eds), *Dicey, Morris and Collins, The conflict of laws*, ed. Sweet and Maxwell, 2012, pp. 14ss.

²⁶⁴ P. BEAUMONT et al. (eds.), *The recovery of maintenance in the European Union and worldwide*, Hart Publishing, 2014.

²⁶⁵ M.G. CUBEDDU WIEDEMANN (ed.), *The optional property regime. The Franco-German community of accrued gains*, ed. Intersentia, 2014.

²⁶⁶ See in this spirit: Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. The Regulations objectives is to clarify the rules applicable to property regimes for international married couples and registered partnerships in order to avoid parallel and possibly conflicting procedures in different EU Member States, for instance on property or bank accounts with entry in force from 29 January 2019. The objectives of the above Regulations are: -to clarify the competence of national Court in case of dissolution or annulment or death of one of the partners; -the law of application which could apply to the case (rules on applicable law); -recognition and enforcement of a judgment on property matters from another Member States; -the non recognition of the civil statutes of the partners which be governed from the national law of each Member State. M. PEREÑA VICENTE, P. DELGADO MARTIN, M. HERAS HERNÁNDEZ, *Nuevas orientaciones de derecho civil en Europa*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 632ss. S. MARINO, *Strengthening the european civil judicial cooperation: The patrimonial effects of family relationship*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 266ss.

²⁶⁷ J.A. POTTOW, *Beyond carve-outs and toward reliance: A normative framework for cross-border insolvency choice of law*, in *Brooklyn Journal of Corporate Financial & Commercial Law*, 2014, pp. 8ss. B. WESSELS, *Contracting out of secondary insolvency proceedings: The main liquidator's undertaking in the meaning of article 18 in the proposal to amend the EU insolvency Regulation*, in *Brooklyn Journal of Corporate Financial & Commercial Law*, 2014, pp. 68ss. G. MCCORMACK, *Reconciling european conflicts and insolvency law*, in *European Business Organization Law Review*, 2014, pp. 310ss.

²⁶⁸ Council Regulation n. 1346/2000 on Insolvency Proceedings, 2000 O.J. (L 160); Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings

²⁶⁹ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings. See also: C. LISANTI, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *Règlement UE n. 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Società de législation comparée*, Trans Europe experts, 2016.

opening of the insolvency proceedings²⁷⁰ will verify its jurisdiction by its own jurisdiction by providing an area of harmonization in a difficult sector which precludes many rights which must be protected as those debtors, property, freedom of establishment, free movement, satisfaction of creditors and so on²⁷¹. The harmonization in that case according to the perception that legal culture: "(...) has undergone (...) an evolution in the Member States, reflecting a range of influences. To confine such richness within the straightjacket of harmonization is to rob Europe of its past (...) and this dissenting vein is nurtured by the profound belief that Europe is strengthened by its diversity (...) according to the opinion of Weatherhill. In the new silence/omission of Regulation n. 2015/848 to locate the credit law allows you to address the relevant conflict rules of the forum, in particular Rome Regulation I on the law applicable to contractual obligations²⁷². In particular, pursuant to art. 2 of the Regulation the principles of uniqueness, universality and exclusivity of the procedure in coordination with art. 6 and 9 are essential for countering and avoiding the phenomenon of *forum shopping*²⁷³, since in matters of bankruptcy jurisdictional jurisdiction also implies the legislative competence of the *lex fori* by applying and identifying the objective and subjective assumptions of opening a competition procedure. The principle of unity and universality of the procedure such as prevention (art. 4.2 (c)) and safeguard (art. 5)²⁷⁴ remain the necessary foundation for a system involving the coexistence of several protocols even in the case the Court of Justice for the determination, continuation or suspension of the whole proceedings²⁷⁵.

44. With the first judgments of the Court of Justice, in particular in: *Ekro BV Vee-en Vleeshandel v. Produktschap voor Vee en Vlees* C-327/82 of 18 January 1984 (the first in relation to the legal concepts contained in the Brussels Convention of 1968), *Lechouritou and others v. Federal Republic of Germany* C-292/95 of 8 November 2006; and the following: *Gesellschaft für Antriebstechnik mBH & Co KG v. Lamellen und Kupplungsbaun Beteiligungs KG* C-4/03 of 13 July 2006, cases the Court stated that: "(...) after the opening of a principal insolvency proceeding in a Member State, the competent authorities of another Member State, in which no secondary insolvency proceedings have been opened, shall be held, without grounds for refusal based on art. 25(3) and 26 of the same Regulation, to recognize and make all the decisions relating to the principal insolvency proceedings and therefore have no right to order, by applying the legislation of that State, other Member State, enforcement actions on the assets of the debtor declared insolvent situated in the territory of that last State, if it does not allow the law of the opening State and the conditions are not met which is subject to the application of art. 6 and 10 of the said Regulation (...)"²⁷⁶. The case law affirms the principle that, where the actions derive from a manifestation of public authority's powers of a party to dispute because of the exercise by virtue of that power exorbitating the sphere of common law rules applicable to relations between individuals, such actions are taken from the Convention (and Regulation n. 44). However, the cases in which such a case law has been formed mainly concern State initiatives to obtain judicial protection of legal situations constituted by the exercise of *imperium* power. Private actions which, for their part, have allowed the Court to rule on the bounds of *imperium* power are little relevant to the issue here since they were in the interests of

²⁷⁰ B. WESSELS, *International insolvency law. Part II. European insolvency law*, Wolters Kluwer, 2017.

²⁷¹ J.G. SRANKLING, *The international law of property*, Oxford University Press, 2014.

²⁷² G. LARDEUX, *Droit international privé des obligations contractuelles*, ed. Larcier, 2016.

²⁷³ S. RAMMELOO, *From Rome to Rome. Cross-border employment contract. European private international law. Intertemporal law and foreign overriding mandatory laws*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017.

²⁷⁴ F. FERRARI, *La loi applicables aux contrats conclus par les consommateurs (Article 5 de la Convention de Rome)*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2008, pp. 234ss. F. FERRARI, *Rome I Regulation*, Selier European Law Publishers, 2015.

²⁷⁵ J. ARMOUR, *The law and economics debate about secured lending: Lessons for european law-making?*, in H. EIDENMÜLLER, E.M. KINENINGER (eds), *The future of secured credit in Europe*, in *European company and financial law review*, 2008, pp. 4ss.

²⁷⁶ See also: R. SCHUZ, *The doctrine of comity in the age of globalization: Between international child abduction and cross-border insolvency*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2014. According to the author: "(...) the Abduction Convention concerns the interests and welfare of children. In contrast, the Model Law deals with purely financial interests. This fundamental difference must affect the interests of states under each regime, and the way in which competing interests are weighed against one another. Nonetheless, there is sufficient common ground between the two instruments to justify a comparison of the uses of comity, both in interpretation and application of their provisions and in the exercise of discretion under each regime (...)"

other individuals. As a result of the interpretation contained in the judgment in question, the ruling on the application of the private law, as well as the effectiveness of foreign judgments, must be governed by common rules or international rules of a different nature than the European law.

45. Continuing in the same spirit with the case: *Gaetano Verdoliva v. Van der Hoeven BV and others* C-3/05 of 10 February 2010, in which the Court states: “(...) the requirements both of uniform application of European law and the principle of equality is that a provision of law community, which does not contain any express reference to the law of the Member States as to the determination of its meaning and its scope, must normally give rise to an autonomous and uniform interpretation throughout the community taking into account the context of the provision and the purpose pursued by the legislation (...)”. Equally important is the case: *S. Staubitz v. Schreiber* C-1/04 of 17 January 2006; *Eurofood IFSC Ltd* C-341/04 of 2 May 2006, where the Court has held that: “(...) the injury should constitute a manifest breach of a rule of law considered essential in the legal order of the requested state or of a right recognized as fundamental in the same legal order (...)”. In that case, the Court interpreted the Regulation as intended to dissuade the parties to the procedure for the transfer of goods and/ or judicial proceedings from one Member State to another in order to obtain a better legal status. In *INTERDIL* C-396/09 of 20 October 2011, the Court stated that: “(...) the management and control bodies of a company are at its registered office and the management decisions of that company are taken in a manner recognized by third parties in that place, fully applies the presumption introduced by art. 3(1) (...) to exclude any different location of the principal interests of the debtor company (...)”. The Court of Justice sought to consider as sufficient elements and to overcome the presumption introduced by the EU legislature on the condition that an overall assessment of all the relevant elements allows the protection of third parties, management and control of the company, as well as the management of its interests, especially if it is located in another Member State of the Union. In case: *C. Seagon v. Deko Marty Belgium* C-399/07 of 12 February 2009 the Court of Justice followed a teleological interpretation claiming that the insolvency Regulation would transpose the content of the old judgment *Gourdain v. Nadler* (C-133/78 of 26 February 1979) also with reference to a jurisdiction in the field of related action, recognizing the principle of *vis attractiva concursus*. In case: *AMI and others* C-294/02 of 17 March 2005 and *German Graphics Graphische Maschinen GmbH v. A. Van Der Schee*, C-292/08 of 10 September 2009 the Court of Justice held that: “(...) the opening of the insolvency proceedings against a buyer of an asset does not affect the rights of the seller established on the property reserve when the property, at the time the procedure is open, is located in the territory of a Member State other than the opening State (...)”²⁷⁷.

46. In that case, the Court of Justice makes use of the hypothesis of *acte claire*²⁷⁸, that is to say the situation of the correct application of the European standard, which must be straightforward and intuitive without leaving any margin of doubt as to the way in which the matter should be resolved by allowing a restrictive and uniform interpretation only by means of the references for a preliminary ruling²⁷⁹. In fact, the aforementioned cases have also sought to protect the seller in respect of goods outside the opening Member State of the insolvency proceedings²⁸⁰.

²⁷⁷ E. FONGARO, *Droit patrimonial, européen de la famille*, op. cit.

²⁷⁸ M. BROBERG, *Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 385ss.

²⁷⁹ J. JAPRIELIAN, *Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union: Un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus?*, in *Jurisdoctoria* n. 6, 2011. M. BROBERG, N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, ed. Larcier, 2013.

²⁸⁰ Insolvency as a right in itself has been included in the European Convention on Human Rights through Protocol n.1 additional to the Convention on the Right of Ownership and art. 14 of the Convention on the Prohibition of Discrimination (*Chernetskiy v. Ukraine* of 8 December 2016; *Babiarz v. Poland* of 10 January 2017; *Burden v. United Kingdom* of 29 April 2008; *Kryvenkyy v. Ukraine* of 12 February 2017) by allowing the ECtHR, through its case law, to qualify the right to property by respecting the personal property, the deprivation of property and the Regulation of the use of goods in accordance with the general interest, to a lesser effect than the privative of the property. The European Court corresponds to an autonomous notion, particularly as regards the definition of good, including intellectual property, rights and interests of a current nature such as claims (*Pressos Compania Naviera SA and others v. Belgium* of 20 November 1995, par. 31; *Krahulec v. Slovakia* of 5 July 2016), the commercial good (*Iatridis v. Greece* of 25 March 1999), taxes and duties. Within the scope of the goods are also

included legitimate hopes sufficiently based on the law or the domestic case law that obtain the actual enjoyment of the good as is repeated in *Fabris v. Greece* of 7 February 2013, par. 49-52 and *Stamova v. Bulgaria* of 19 January 2017; The European Court recognizes the right to acquire a property on the sole basis of an experience which can not be acted upon the national Court under the old *Slivenko and others v. Latvia* of 23 January 2002. Property deprivation is qualified when the owner is permanently prevented from exercising the faculties that are its content but on the contrary in that case from the deprivation foreseen in the case of insolvency only by the depriving of the property that he was the holder of the judgment in *James and others v. United Kingdom* of 21 February 1986, par. 27ss and *Ljaskaj v. Croatia* of 20 December 2016. Similarly, in the case of measures of asset prevention (seizure and confiscation of goods), the Court has ruled that they may be attributed to the concept of criminal sanction for preventive purposes and considered them to be proportionate to the fight against mafia crime and the circulation of wealth criminal origin within the scope of regulatory measures for the use of justified goods of general interest. The restriction of property according to judgments *Koufaki and Adedy v. Greece* of 7 March 2013, *Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal* of 8 October 2013 and *Mamatas and altri v. Greece* of 21 July 2016; *Mahorramov v. Azerbaijan* of 25 April 2017; *Šidlauskas v. Lithuania* of 11 July 2017 results in loss of property or restriction of the use of the property or other interference other than foreseen by law must be motivated by the public interest or the general interest. Even then, the Court remains faithful to its broader margin of appreciation when it comes to interventions to implement a social policy or to regulate the consequences of a change in the political regime (*Jan and others v. Germany* of 30 June 2005; *Alentseva v. Russia* of 17 November 2016). Very wide and heterogeneous remains the notion of Regulation on the use of goods in relation to proportionality and the legitimate need for compensation according to the value of the good (*Preite v. Italy* of 17 November 2015). We are talking about concrete and effective protection that implies positive measures, measures to ensure that the right to property is protected also in relations between individuals and in particular to enforce the enforcement procedures of judgments or prosecution procedures (*Fuklev v. Ukraine* of 7 June 2005; *Lengyel v. Hungary* of 18 July 2017 and *Krasteva and others v. Bulgaria* of 1st June 2017). The ECtHR remains consistent with the Court of Justice's general interest pursued by the Union and is proportionate and respectful of the substance of the law in accordance with the judgment *Nold C-4/73* of 14 May 1974, in case *Interseroh Scrap and metal trading GmbH v. SAM C-1/11* of 29 March 2012 and *H. Schaible v. Land Baden Württemberg C-101/12* of 17 October 2013. See in particular the next cases in argument: *Chinnici v. Italy* of 14 April 2015, par. 29; *Odescalchi and Lante della Rovere v. Italy* of 7 July 2015; *D.A. and others v. Italy* of 14 January 2016; *Nardone v. Italy* of 20 October 2015, the ECtHR observed that: "(...) relying on Article 6 par 1 of the Convention, the applicants complained that the proceedings before the Supreme Court of Cassation were unfair as the Court's decision was not sufficiently reasoned. Relying further on Article 13, they complained that they did not have at their disposal an effective domestic remedy in relation to their complaint under Article 8 (...) these complaints must be declared admissible, but that it is not necessary to examine them on the merits (see, *mutatis mutandis*, *Laino v. Italy* par. 29; *Canea Catholic Church v. Greece*, 16 December 1997, par. 50; *Ruianu v. Romania*, par. 75, 17 June 2003; *Öcalan v. Turkey (no. 2)*, par. 213, 18 March 2014 (...)" *Depalle v. France* of 29 March 2010, the ECtHR declared that: "(...) cast doubts on the adequacy of the last instance domestic Court's assessment of the child's best interests (see, *mutatis mutandis*, *Šneerson and Kampanella*, par. 95). In these circumstances, the Court cannot but conclude that the highest domestic Court's analysis was not sufficiently thorough and that, instead, it followed what could be described as an overly formalistic approach (see, *mutatis mutandis*, in the context of Article 6, *Koskina and Others v. Greece*, par. 24, 21 February 2008; *Vasilakis v. Greece*, par. 32, 17 January 2008; *Efstathiou and Others v. Greece*, par. 33, 27 July 2006; *Běleš and Others v. the Czech Republic*, par. 69; *Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic*, par. 55) (...) that "generosity" in the interpretation of Article 8 could be explained by the fact that, in that case as in *Chapman v. the United Kingdom* (...) the Court sought to protect the traditional lifestyle of Gypsies, of which caravan homes and travel are a part. While the applicant does not belong to the category of persons requiring special protection in the eyes of the Strasbourg judges, his "advanced" years and his attachment to the house nonetheless deserved a more nuanced approach (...)". *Arnaud and others v. France* of 15 January 2015; *Gripolovič v. Lithuania* of 10 October 2017; *Lachinkiva v. Russia* of 10 October 2017; *Osipkovs and others v. Latvia* of 4 May 2017; *Vaskrsić v. Slovenia* of 25 April 2017; *Mahorramov v. Azerbaijan* of 25 April 2017; *Wolter and Sarfert v. Germany* of 23 March 2017, the ECtHR observed that: "(...) with regard to the imperative of the equal treatment of children born outside and within marriage (see *Fabris*, par. 68, and *Brauer*, par. 43), it now needs to be ascertained whether the strict application of the cut-off date by the domestic authorities in the special circumstances of the present cases struck a fair balance between the competing interests involved (...) to take the following elements into account: knowledge of the persons concerned, status of the inheritance rights involved, and the passage of time in bringing complaints (...) he was not a descendant whose existence was unknown to those who were subsequently designated as heirs. On the contrary, he was initially granted an inheritance certificate by the first-instance Court, which was later withdrawn because he had been born outside marriage. The Court considers that this fact is sufficient to prove that the subsequent heirs' position with regard to their rights to the deceased's estate was known to be controversial. That also seems to be reflected by the fact that the subsequent heirs did not apply for an inheritance certificate themselves, but were only named as heirs after the first applicant had again applied for an inheritance certificate. Furthermore, it has to be taken into account in the first applicant's case that he had already been in possession of the inheritance for a certain period of time (...)". *Baczür v. Hungary* of 23 March 2017; *Mkhchyan v. Russia* of 7 February 2017; *Valant v. Slovenia* of 24 January 2017; *Saumier v. France* of 12 January 2017; *Gaina v. Croatia* of 30 August 2016; *Lukats v. Romania* of 5 April 2016. See also, S.M. SANTISTEBEN, P. SPARKES, *Protection of immovables in european legal systems*, Cambridge University Press, 2015, pp. 45ss. M.A. ROZHKOVA, V.D. AFANASIEV, *The matters of intellectual property in the practice of the European Court of Human Rights*, in *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 2015, pp. 243ss. A. SEIBERT-FOHR, M.E. VILLIGER, *Judgments of the European Court of Human Rights: Effects and implementation*, ed. Nomos, 2017. A. WOWBRAY, *Subsidiarity and the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 314ss. A. SATHANAPALLY, *Beyond disagreement open*

47. In the material before the entry into force of Regulation n. 2015/848 the Court of Justice sought to define and reemphasize the notion of “core interests”, which should be understood as: “(...) the place where the debtor exercises in a habitual manner and therefore recognizable by third parties management of its interests (...), interpreting it in a strictly factual manner and by favoring the objective elements of stability and continuity over time. In particular, the Court has: “(...) the location of the COMI (Centre of Main Interests) should be ascertainable by third parties does not entirely prevent *forum shopping* at creditors’ expense²⁸¹. Indeed, if a company transfers its registered office from one Member State to another, the “ascertainability” criterion protects only new creditors whose debts were incurred after the debtor has relocated its headquarters. In contrast, pre-existing creditors, whose debts were incurred before the transfer, are not protected if the company makes the new headquarters sufficiently public (...)”. In particular the authors: Virgós and Garcimartín declared in relation of the Court judgments that: “(...) in the insolvency proceedings opened in Member State 1, the disputed claim would be accepted as a conditional or contingent claim (...) the creditor may bring his case to the Courts of Member State 2 and obtain a money judgment fixing the amount of his claim (...) This judgment cannot be directly enforced in State 2 because this state must recognize the insolvency proceedings opened in State 1 and the effects thereof, in particular the stay of executions by individual creditors. However, pursuant to Regulation n. 44/2001 the money judgment has, in its turn, to be recognized in State 1, “(which means that this claim must be admitted in the insolvency proceedings opened in State (...))”²⁸².

48. After the proposal of Regulation n. 2015/848, noting in particular the non inclusion of hybrid translation, but only an affirmative restriction according to recitals 33 and 34 that “the Court is not required to open the insolvency proceedings”, the Court followed another path of thought through its case law²⁸³ as in the case: *Nike European Operations Netherlands BV v. Sportland Oy* C-310/14 of 10 December 2015, where the Court states that: “(...) if a domestic Court’s rules of evidence were not sufficiently rigorous, which led, effectively, to a shifting of the burden of proof to the defendant in an avoidance claim, it would not be regarded as being in line with the principle of effectiveness, for this principle, together with the principle of equivalence, must be taken into account in any case (...)”. In this case the principle of effectiveness has been constructed under the effort to ensure that EU law actually takes effect in all Member States and domestic private law or civil procedure is not able to be applied in a relationship or might be interpreted differently from what the parties in the relationship expected²⁸⁴.

remedies in human rights adjudication, Oxford University Press, 2012. P. ALSTEAD, *Unlocking human rights*, ed. Routledge, 2014. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *Jacobs, White and Ovey. The European Convention on Human Rights*, op. cit., J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l’homme. Des juges par la liberté*, ed. Dalloz, 2017. C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, ed. Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2016, pp. 234ss.

²⁸¹ P.K. BOOKMAN, *The unmet virtues of global forum shopping*, in *Notre Dame Law Review*, 2016, pp. 582ss. According to the author: “(...) Principles of recognition and enforcement must balance many factors, including fairness to defendants and plaintiffs’ need for Court access. A federal statute on foreign judgment recognition and enforcement, like the one proposed by the American Law Institute, should recognize and enforce foreign judgments arising out of proceedings that meet basic requirements of fairness (...)”.

²⁸² M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, pp. 56-57

²⁸³ In particular see the next cases: *Comité d’entreprise de Mortel networks SA and others v. Cosme Rogeau liquidator of Nortel networks SA and Cosme Rogeau liquidator of Nortel networks SA v. Alan Robeau Bokm and others* C-649/13 of 11 June 2015; *ENEFI v. DGRF* C-212/15 of 9 November 2016; *SCI Senior Home v. Gemeinde Wedemark & Hannoversche Volksbank EG*, C-195/15 of 9 December 2016; *Burgo Group Spa v. Illochvona SA and J. Theetten* C-327/13 of 24 October 2014; *R. Schmid v. L. Hertel* C-328/12 of 16 January 2014; *ERSTE Bank Hungary Nyrt v. Magyar Állam and others* C-527/10 of 4 July 2012; *F-TEX SIA v. Lietuvos-Anglijos UAB* C-213/10 of 25 May 2012; *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, C-444/07 of 20 October 2011; *Interedil Srl in liquidation v. Fallimento Interedil srl and Intesa gestione crediti SpA* C-396/09 of 17 November 2011; *Antwerpen Zaza Retail BV* C-112/10 of 15 December 2011; *D. Rastelli and C. Snc v. Jean-Charles Hidoux* C-191/10 of 19 April 2012; *Bank Handlowy y Adamiak w Warszawie SA and PPHU “ADAX”/Ryszard Adamiak v. Christianapol Sp. z.o.o.* C-116/11 of 19 September 2013; *Van Buggenhout and Ilse van de Mierop v. Banque Internationale à Luxembourg SA* C-251/12 of 16 January 2014; *H. v. H.K.* C-295/13 of 16 April 2015; *H. Lutz v. E. Bäuerle* C-557/13 of 11 June 2015;

²⁸⁴ In the same spirit the next cases: *YARA Brunsbüttel GmbH v. Hauptzollamt Itzehoe* C-529/14 of 17 December 2015; *Leonmobili Srl, Gennaro Leone/Homag Holzbearbeitungssysteme GmbH and others* C-353/15 of 24 May 2016; *LBI hf v. Kepler Capital Markets SA and Frédéric Giroux* C-85/12 of 24 October 2013; *SCT Industri AB i likvidation v. Alpenblume AB* C-111/08 of 2 July 2009.

49. In particular with the judgment: *Nickel & Goeldner spedition v. Kintra* C-157/13 of 4 September 2014, the Court held: "(...) that Regulation (...) must be interpreted in such a way as to avoid any overlap between the rules of law that those texts lay down and any legal vacuum. Accordingly, actions excluded, under Article 1(2)(b) of Regulation n. 44/2001, from the application of that Regulation in so far as they come under bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings' fall within the scope of Regulation n. 1346/2000 (...)". The Court thus in the notion of: "(...) action arising out of a procedure of insolvency and closely related to it", as elaborated by its previous case law, included an action where the insolvency administrator obtained the payment of a company's claim and declared insolvent on an international freight transport contract, from the moment that "that action found its foundation not in the insolvency of the undertaking, but in the contract previously concluded by the company itself with the defaulting counter party (...)". It referred to the concept of direct action against the administrator of a insolvent company with the ultimate aim of obtaining the repayment of payments made after the insolvency of the company itself: "(...) as such action, from the subject matter of the previous judgment, presupposes the debtor's insolvency status, even if the action in question could have been practiced, in principle, independently of the opening of insolvency proceedings (...)". The main objective is the limitations on the recognition and enforcement of competition decisions, as well as the reference to public policy objections considered in its narrowest sense of the term, which must only concern violations of the principles of the due process and include the protection of fundamental rights such as personal liberties.

50. The last cases cited allow us to take a stand on the topics dealt with and resolved, such as the case of insolvency liquidator against the managers of a legal person to pay a certain sum into the assets of a company in insolvency (case *Gourdain*); the case of insolvency by the liquidator against a third party (case *Deko Marty*); the irrespective of the domicile or place of residence of the defendant (case *Schmid*)²⁸⁵; the validity of a transfer granted by the insolvency liquidator "on the ground that the liquidator had no power to dispose of the assets transferred" (case *SCT Industri*), which the Court declared that: "(...) Article 4(2)(f) of the EIR, seems to restrict the scope of Article 4(2)(f) suggesting that that provision determines the effects of the insolvency proceedings on executions brought by individual creditors, their suspension or prohibition after the opening of collective insolvency proceedings (...)"; the insolvency proceedings against the managing director of a company for reimbursement of payments "after the company became insolvent or after it had been established that the company's liabilities exceeded its assets" (case *H. and Kornhaas*); the basis of a reservation title against an insolvent purchaser (case *German Graphics*); the insolvency administrator for "the payment of a debt arising out of the provision of services implementing a contract (...)" (case *Nickel*); an *actio pauliana* (case *Reichert*)²⁸⁶, which the Court declared that: "(...) the *de facto vis attractiva* principle (thus the *de facto* exclusive jurisdiction of the insolvency forum) regarding the non-insolvency related actions one would necessarily violate the jurisdictional provisions (...)"; an action to set aside a transaction brought by an applicant "(...) on the basis of an assignment of claims granted by the insolvency liquidator (...)" (case *F-Tex SIA*) in that case cannot be qualified as insolvency actions, where the Court has held that: "(...) the main action is aimed at refunding the sums received by the defendant by a debtor prior to the opening of an insolvency proceeding against the latter (...)". It should be noted that the Court has tried to include only those actions that are related to the scope of Regulation to the insolvency procedure in accordance with the principle of *vis attractiva concursus*. The line and the basis of the spirit of the Court was based on the right or the obligation which form the basis of the action and find its source in the common rules of civil and commercial law or in the derogating rules specific to insolvency proceedings under the Regulation²⁸⁷.

²⁸⁵ Case of the Court of Justice: *R. Schmid v. Lilly Hertel* C-328/12 of 16 January 2014.

²⁸⁶ Case of European Court of Justice: *M. Reichert Hans-Heinz Reichert and Ingeborg Kockler v. Dresdner Bank AG* C-261/90 of 26 March 1992.

²⁸⁷ For the analysis of the insolvency cases see ex multis: S. WEATHERHILL, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC*, in *European Review of Private Law*, 2004, pp. 634ss. K. KERAMEUS, *L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain*, in L. Vogel, *La procédure entre tradition et modernité*, éd. Panthéon-Assas, 2010, pp. 10ss. D. MILMAN, *Personal insolvency law. Regulation and policy*, ed. Routledge, 2017, pp. 2048ss. F. TOLMIE, *Corporate and personal insolvency law*, ed.

Wolters, Kluwer, 2013. G. MCCORMACK, *Something old, something new: Recasting the european insolvency Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2016, pp. 122ss. M. REQUEJO ISIDRO, *La cooperaci3n judicial en materia de insolvencia transfronteriza en la propuesta de Regulation del Parlamento europeo y del consejo por el que se modifica el Regulation (CE) n. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia*, in *Anuario Espa1ol de Derecho Internacional Privado*, 2013, pp. 218ss. V. FINCH, D. MILMAN, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, Cambridge University Press, 2017, pp. 486ss. S. GOPALAN, M. GUIHOT, *Cross-border insolvency law and multinational enterprise groups. Judicial innovation as and international solution*, in *George Washington International Law Review*, 2016, pp. 4ss. S. MOCK, *Das geplante neue europ1ische Insolvenzrecht nach dem Vorschlag der Kommission zur Reform der EuInsVO*, in *Zeitschrift f1r Gemeinschaftsprivatrecht*, 2013, pp. 137ss. A. PIEKENBROCK, *The future scope of the European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law Review*, 2014, pp. 434ss. C. THOLE, *Die Reform der Europ1ischen Insolvenzverordnung*, in *Zeitschrift f1r Europ1isches Privatrecht*, 2014, pp. 40ss. J.L. VALLENS, *R1viser le r1glement communautaire CE 1346/2000 sur les procedures d'insolvabilit1*, in *Revue des Proc1dures Collectives*, 2010, pp. 25ss. B. WESSELS, *What is an insolvency proceeding anyway?*, in *International Insolvency Law Review*, 2011, pp. 492ss. S. BARIATTI, *Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation*, in *Rabels Zeitschrift f1r ausl1ndisches und internationales Privatrecht*, 2009, pp. 631ss. G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford University Press, 2009. T. RAUSCHER, *Europ1isches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Europ1isches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR)*, ed. Verlag O. Schmidt, 2010, Art. 1 paras. 2-4. C. THOLE, *Sanierung mittels Scheme of Arrangement im Blickwinkel des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, in *Zeitschrift f1r Unternehmens und Gesellschaftesrecht*, 2013, pp. 110ss. M. VEDER, *The Future of the European Insolvency Regulation-Applicable law, in particular security rights*, in *International Insolvency Law Review*, 2011, pp. 286ss. A. J. B1LOHL1VEK, *Effects of Opening (Commencement) of Insolvency Proceedings on Pending Lawsuits and Similar Proceedings under Article 15 of Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings and under Article 18 of the European Parliament and Council Regulation (EU) No 2015/848*, in *Czech Yearbook of International Law*, 2016, pp. 69ss. S. BLOCK-LIEB, *The UK and EU cross-border insolvency recognition: From empire to Europe to Egoing it alone*, in *Fordham International Law Journal*, 2017, pp. 1374ss. F.M. MUCCIARELLI, *The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the EU*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2012, pp. 440ss. J. RODR1GUEZ RODRIGO, *El centro de intereses principales, como foro de competencia internacional en el Reglamento 1346/2000, en relaci3n con empresas de un grupo de sociedades*, in *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, pp. 502ss. G. GARC1A-ROST1N CALVIN, *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, Tirant Lo Blanch, 2015. M. LORENTE S1NCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Uni3n Europea*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 76ss. J. RODR1GUEZ RODRIG, *Bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de justicia de la Uni3n europea de 11 Junio 2015, Nortel, C-649/13*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 694ss. M. VIRG3S, F. GARCIMART1N, *The European Insolvency Regulation: Law and practice*, op. cit., pp. 60ss. G. MCCORMACK, *Reconciling european conflicts and insolvency law*, in *European Business Organization Law Review*, 2014, pp. 335ss. I. LINNA, *Actio pauliana and res judicata in European Union insolvency proceedings*, in *Journal of Private International Law*, 2015, pp. 570ss. B. XIE, *Comparative insolvency law: The pre-pack approach in corporate rescue*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 272ss. A. JAKAB, D. KOCHENOV, *The enforcement of European Union Law values: Ensuring Member States compliance*, Oxford University Press, 2017, pp. 208ss. A. KEAY, *The harmonization of the avoidance rules in European Union insolvencies*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2017, pp. 80ss. G. MCCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, *European insolvency law: Reform and harmonization*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 174ss. M. BORN, *Europ1isches Kollisions Recht des Effektingiros: Intermediatisierte Wertpapiere im Schnittfeld Internationalem Sallen-Schuld und Insolvenzrecht*, ed. M. Siebeck, 2014, pp. 189ss. A. KEAY, *Security rights, the European Insolvency Regulation and Concerns about the non-application of avoidance rules*, in *European Law Review*, 2016, pp. 73ss. G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A commentary and annotated guide*, (2nd ed), Oxford University Press, 2009, pp. 12ss. G. MCCORMACK, *Secured credit and the harmonisation of law*, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 58ss. R.J. DE WEIJS, *Towards an objective european rule on transaction avoidance in insolvencies*, in *International Insolvency Review*, 2011, pp. 220ss. J. GARRIDO, *Two snowflakes the same: The distributional question in international bankruptcies*, in *Texas International Law Journal*, 2011, pp. 460ss. S. LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Calculus of Consent in Commercial and Other Law*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 250ss. L. CADDET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI, *Droit processuel civil de l'Union europ1enne*, ed. LexisNexis, 2011, pp. 350ss. E. FABRIES-LECEA, *Le r1glement "insolvabilit1": Apport 1 la construction de l'ordre juridique de l'Union europ1enne*, ed. Bruylant, 2013, pp. 614ss. F. JAULT-SESEKE, D. ROBINE, *Le droit europ1en des procedures d'insolvabilit1 1 la crois1e des chemins*, ed. Lextenso, 2012, pp. 242ss. D. ROBINE, F. JAULT-SESEKE, *Le droit europ1en des procedures d'insolvabilit1 1 la crois1e des chemins*, ed. Montchrestien, 2012, pp. 243ss. L.S. SEALY, D. MILMAN, *Annotated Guide to the Insolvency Legislation*, ed. Sweet & Maxwell, 2014. T. ARONS, *Recognition of debt restructuring and resolution measures under the European Union regulatory framework*, in *International Insolvency Review*, 2014, pp. 58ss. Y. BRULARD, *Que penser de la proposition de la Commission sur les groupes de soci1t1s dans le projet de nouveau r1glement insolvabilit1?*, in *Revue des Proc1dures Collectives*, 2013, pp. 68ss. R. DAMMANN, S. MILLET, *L'action en revendication exerc1e au titre d'une clause de r1serve de propri1t1 rel1ve-t-elle du champ d'application du r1glement Bruxelles I?*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, pp. 32ss. C. KESSEDIAN, *L'espace judiciaire civile et commercial europ1en: le r1glement "Bruxelles I" refondu*, in *Revue G1n1rale de Droit International Public*, 2013, pp. 546ss. R. DAMMANN, *Application du R1glement (CE) num1ro 1346/2000 modifi1 aux groupes de soci1t1s*, in *Revue des Proc1dures Collectives*, 2013, pp. 65ss. D. FASQUELLE, *Raisons et contours d'une refonte n1cessaire du r1glement (CE) 1346/2000*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficult1*, 2012, pp. 52ss. D. FASQUELLE, *L'Europe: une opportunit1 pour les professions d'AJMJ et pour le mandat de justice?*, in *Revue des Proc1dures Collectives*, 2013, pp. 50ss. G.C. GIORGINI, *Le centre des int1r1ts principaux du d1biteur insolvable en droit compar1*, in *Revue Internationale de Droit Com-*

VI. The application of private international law and the effects of the case law of the European Court of Human Rights

51. The European Court's contribution to the consolidation of a set of principles at regional and universal levels such as respect for family relationships²⁸⁸, child protection, fair trial guarantees, non discrimination²⁸⁹ and access to justice, has been largely reflected in the EU rules on private international law. The case law of the ECtHR has played a “creative” and “evolutionary” role by promoting a concept of a regional and universal public order which has also been adopted at european level. Coordination between the European Court of Justice and EU institutions is essential, which is not solely based on the propensity to convergent solutions but also to be supported on a more stable regulatory basis. Beyond the influence that the Court of Justice case law can exercise on the interpretation of the national Courts, it does not have the means to prevent the adoption of solutions based on conditions incompatible with human rights.

52. One of the problems that emerges from the practice concerns the consequences of non compliance with the rules of the fair process: a decision of condemnation issued by the Court of Justice of the EU does not block the effects of a foreign judgment. Neither would the available instruments be used for cases of incompatibility between a judgment of the ECHR and a national measure. It needs legislative action in the sense of making it compulsory the suspension of the *exequatur* proceeding²⁹⁰ until the foreign

paré, 2012, pp. 868ss. L.C. HENRY, *Compétence internationale du Tribunal pour ouvrir une procédure d'insolvabilité en cas de transfert de siège statutaire*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2012, pp. 35ss. L.C. HENRY, *De l'art d'articuler la procédure principale et la procédure secondaire*, in *Revue des Sociétés*, 2012, pp. 186ss. L.C. HENRY, *Eclairage-Règlement insolvabilité européen et groupes de sociétés: je t'aime moi non plus!*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2012, pp. 355ss. L.C. HENRY, *Règlement insolvabilité européen et les groupes: bilan et perspectives. Une approche textuelle*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 59ss. L. IDOT, *Un nouveau chantier pour les juristes: la révision du règlement "procédures d'insolvabilité"*, in *La Semaine Juridique (Europe)*, 2013, pp. 4ss. V. LEGRAND, *Quelle clôture pour la procédure européenne d'insolvabilité?*, in *Lettre d'Actualité des Procédures Collectives Civiles et Commerciales*, 2013, pp. 112ss. A. LIENHARD, *Procédure d'insolvabilité: notion de "centre des intérêts principaux"*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 2011, pp. 2916ss. R. LOWE, *From client money rules to the EC Insolvency Regulation, legislative change beckons*, in *Insolvency Intelligence*, 2014, pp. 48ss. T. MASTRULLO, *L'extension de procédure collective pour cause de confusion des patrimoines est-elle compatible avec le règlement numéro 1346/2000?*, in *Revue des Sociétés*, 2010, pp. 594ss. T. MASTRULLO, *Procédures d'insolvabilité transfrontalières: la reconnaissance mutuelle conditionnée par le respect du droit d'accès au juge*, in *Revue des Sociétés*, 2011, pp. 8ss and 443-447. M. MENJUCQ, *L'extension de procédure pour confusion de patrimoines passée au crible du règlement n° 1346/2000: une question à suspense!*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2010, pp. 2ss. M. MENJUCQ, *La proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité: une évolution mais pas de révolution*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 20ss. I. MEROVACH, *European insolvency law in a global context*, in *Journal of Business Law*, 2011, pp. 668ss. I. MEROVACH, *The new proposed regime for EU corporate groups in insolvency: a critical note*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2013, pp. 90ss. C. MOILLE, *Un point sur les conditions de la mise en oeuvre de la procédure initiale d'insolvabilité et son extension*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2013, pp. 28ss. P. NABET, *Bref aperçu du projet de la commission pour la révision du règlement (CE) n° 1346/2000 sur l'insolvabilité*, in *Les Petites Affiches*, 2013, pp. 6ss. J. PAYNE, *Cross-border schemes of arrangement and forum shopping*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, pp. 564ss. P. ROUSSEL-GALLE, *La proposition de révision du règlement n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité, entre prudence et audace*, in *La Semaine Juridique* (édition entreprise), 2013, pp. 14ss. J.L. VALLENS, *Tourisme judiciaire et insolvabilité: les risques du forum shopping*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2012, pp. 10ss. G.F. SCHLAEFER, *Forum shopping under the regime of the european insolvency Regulation*, in *International Insolvency Institute, International Insolvency Studies*, 2010, pp. 26ss. C. HONORATI, G. CORVO, *A double lesson from Interdil: higher Courts, lower Courts and preliminary ruling and further clarifications on COMI and establishment under EU insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law Review*, 2012, pp. 655ss. C.H. VAN RHEE, *Harmonisation of civil procedure: An historical and comparative perspective*, in X.E. KRAMER, C.H. VAN RHEE, *Civil litigation in a globalizing World*, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 41ss. A. MUKARRUM, *The nature and enforcement of choice of Court agreement. A comparative study*, op. cit.

²⁸⁸ D. LIAKOPOULOS, *Approcci sulla politica familiare nel diritto comunitario*, in I. LIAKOPOULOU (a cura di), *Politiche comunitarie e crisi finanziaria*, ed. Universitalia, Series: Parsimony, 2012, pp. 112ss.

²⁸⁹ See from the ECtHR: *Cusan and Fazzo v. Italy* of 7 January 2014; *Fabris v. France* of 7 February of 2013; *Konstantin Markin v. Russia* of 22 March 2012

²⁹⁰ See in argument, X.E. KRAMER, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and protecting rights in the European Judicial Area*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011, pp. 633-641. X.E. KRAMER, *Cross-border enforcement in the EU: Mutual trust versus fair trial? Towards principles of european civil procedure*, in *International Journal of Procedural Law*, 2011, pp. 204ss. P.A. NIELSEN, *The new Brussels I Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2013,

judgment is amended to bring it into line with the judgment of the Strasbourg Court²⁹¹. Such a mechanism would eliminate the drawback of the involvement of the executing State in the consequences of a procedure carried out abroad in a way that does not comply with the ECHR rules. On the contrary the Court of Justice did not address what factors would have been considered if the plaintiffs had no other forum options. The Court has refused to explicitly discuss *forum necessitatis*. According to the jurisprudence the Court uses international law to justify principles which it does not already agree with or possibly because it is not well known in the EU as a viable doctrine. This way means that the ECJ adopts the approach of the extension of effects (*Wirkungserstreckung*) in particular under art. 54 of the 2012 Brussels I Regulation (Recast). A recognizable judgment still needs to fulfill certain requirements, however²⁹².

53. The problem has not yet been sufficiently addressed at the level of application of EU recognition standards, although there are two points in the context of the European Judicial Space, which require the adoption of a specific mechanism to ensure greater incisiveness of the function carried out by the European Court; the elimination of the *exequatur* procedure in the Regulations governing the integrated judicial area²⁹³ and the risk that the *exequatur* automaticity would have a multiplier effect on any decision incompatible with the ECtHR.

54. On the other hand, there is a fundamental role for judges of the Court of Justice. An obligation on a Court called upon to enforce a judgment issued in another Member State to refer the case to the Court of Justice for a preliminary ruling when the foreign judgment to be reserved was the subject of a judgment of the ECHR, that would contribute to greater certainty in the proper application of fundamental rules and also in the recognition of decisions issued in another Member State. It should also be noted that, despite the pertinent nature of the rules on the effectiveness of judgments issued in another Member State, some recognition limits can be drawn from the preamble of the Brussels Regulation I bis: this is recital n. 30 which permits a party who opposes the execution of a decision issued in another Member State to invoke "(...) as far as possible and in accordance with the legal system of the requested Member State (...) the grounds for refusal provided for by national law (...)". Secondly, recital n. 38 states that "(...) the present excludes jurisdiction against a foreign country, even if subsequently issued, may be challenged for revocation (...)")²⁹⁴. According to the Court of Justice, the application of the necessary

pp. 504ss. L.J.E. TIMMER, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Ill conceived and premature?*, in *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 130ss. G. CUNIBERTI, I. RUEDA, *Abolition of exequatur: Addressing the commission's concerns*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, pp. 288ss. A. DICKINSON, *The revision of the Brussels I Regulation. Surveying the proposed Brussels I bis Regulation—solid foundations but renovation needed*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 248ss. P. SCHLOSSER, *The abolition of exequatur proceedings—Including public policy review?*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, pp. 102ss. P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, *Abolition of exequatur in Brussels I: Is a public policy defence necessary for the protection of human rights?*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, pp. 106ss. P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, *Can exequatur be abolished in Brussels I whilst retaining a public policy defence?*, in *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 250ss. M. DE CRISTOFARO, *The abolition of exequatur proceedings: Speeding up the free movement of judgments while preserving the rights of the defense*, in *International Journal of Procedural Law*, 2011, pp. 452ss. A. SCHULZ, *The abolition of exequatur and State liability for human rights violations through the enforcement of judgments in European family law*, in A.A.V.V., *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Van Loon*, ed. Intersentia, 2013, pp. 517ss.

²⁹¹ J. JE TIMMER, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Ill conceived and premature?*, in *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 130ss.

²⁹² T. LOCK, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, ed. Mohr Siebeck, 2010, pp. 152ss.

²⁹³ P. BEAUMONT, *The European Court of justice priorities. The abolition of exequatur over fundamental rights*, in J. DIEZ-HOCHLEITNER, C. MARTINEZ CAPDEVILA, I. BLAZQUEZ NAVARRO, Y. FRUTOS MIRANDA, *Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union*, Wolters & Kluwer, 2012, pp. 622ss. A. SCHUTZ, *The abolition of exequatur and State liability for human rights violations through the enforcement of judgments in European family law*, in A.A.V.V., *A commitment to private international law. Essays in honour of Hans Van Loon*, op. cit., 2013, pp. 516ss. J. JE TIMMER, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Ill conceived and premature?*, op. cit., pp. 130ss. J. RUTGERS, *Judicial decisions on private international law*, in *Netherlands International Law Review*, 2017, pp. 164ss.

²⁹⁴ See the proposal of the Commission of 3 January 2011 (Doc. COM (2010) 748 def. 2), in relation on the artt. 45 and 46: "(...) recognition and execution of a foreign decision in case they seem to be inconsistent with the fundamental values codified in the European Convention on Human Rights. Thus, the European Court of Human Rights (ECHR) can have an impact on the approach followed by national judges when applying private international law rules and play a role in shaping the extent of the

implementing rules of the Member States, in particular those which serve as a protective function of the weak part to the traditional compatibility and European proportionality tests by obliging the Court to compare the rules which are applicable on the basis of the result sought, namely to ensure that the minimum protection provided for them is respected. This is a necessary application that acknowledges the relevance and possible application of foreign provisions guaranteeing a discipline that goes beyond the minimum standards of protection provided for by the applicable national enforcement standards. Most of the applicable enforcement rules do not function as preventative limiters to the operation of private international law but conceived as “alternatives” to be used as appropriate and convenient as simple vectors of European construction.

55. Equally important, the unitary approach to succession is chosen and privileged through Regulation n. 650/2012 (entered into force on 17 August 2015)²⁹⁵ which is directed towards the last habitual residence of the *de facto*, of the citizenship and/or of the residence of the married community (*Zerrütungsprinzip*) inspired by the Hague Convention on the law applicable to succession because of the death of August 1, 1989²⁹⁶. According to art. 20 the law of application has universal application, and applies even where it is not a Member State of the Union. The word in *professio iuris*²⁹⁷ according to art. 22 considers it necessary to declare a unilateral wish of the latter as it has also been stated in the judgment of the Court of Justice: *M. Matoušková* C-404/14 of 6 October 2015. The exclusion of the *professio iuris* in the case of certain goods responds to the need to avoid the division of the succession statute between several laws that the same spirit of the Regulation sought to refuse²⁹⁸. The coincidence between *forums* and *ius* has the purpose of eliminating *forum shopping*²⁹⁹ and/or *forum running* according to the ruling:

exception of public order, that cannot be intended as purely national-oriented, in isolation from the human right standards at the European level. The approach followed in the field of judicial cooperation in civil matters by the EU institutions-especially the EU Court of Justice- seems to be consistent with the ECHR case law. Though sometimes the need to ensure the proper functioning of the internal market seems to raise doubts as to the place of human rights as regards conflict of laws and jurisdiction, main principles such as due process and access to justice have always been considered as having a pre-eminent role. The enactment of the Charter of the economic duties and rights of the European Union will open the way towards a better placement also for non-EU citizens. However, some questions relating to the need for better coordination between ECHR and EU Court are still open: the EU adhesion to the ECHR could be a significant step in that direction (...)."

²⁹⁵ Commission Regulation n. 650/2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession, and the Creation of a European Certificate of Succession, 2012 O.J. (L 201) 107.

²⁹⁶ A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, ed. Bruylant, 2016.

²⁹⁷ P. PERREAU-SAUSSINE, *La professio iuris et l'unité de la succession*, in H. BOSSE-PLATIÈRE, N. DAMAS, Y. DEREU, *L'avenir européen du droit des successions internationales*, ed. LexisNexis, 2011. F. LLEDÓ YAGÜE, F. VANRELL, J.Á. TORRES LANA, Ó.M. BALMASEDA, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, ed. Dykinson S.L., 2014. S. VRELLIS, *The professio iuris in EU Regulations*, in *ELTE Law Journal*, 2015, pp. 12ss. According to the author: "(...) Regarding matters of succession, where the extent of the *professio iuris* is more restricted than in other relations, the Succession Regulation after having established as a general rule the application of the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death, offers to the *de cuius* the possibility to choose, as applicable to his succession as a whole, instead of that law, 'the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death; and, if the *de cuius* possesses multiple nationalities, he may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death. In such a way the options of the *de cuius* are increasing (...)."

²⁹⁸ A. RIPOLL SOLER, *Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: La professio iuris*, in *Revista de derecho civil. Notarios y Registradores*, 2016. J.M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, ed. Marcial Pons, 2010. E. GARCIA CUETO, *Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): La professio iuris*, in *La Notaría*, 2014, pp. 106ss.

²⁹⁹ C.A. WHYTOK, *The evolving forum shopping system*, in *Cornell Law Review*, 2011, pp. 484ss. According to the author: "(...) forum shopping is not simply a matter of analyzing substantive and procedural law to estimate the comparative expected values of claims. It also depends on plaintiffs' expectations about two types of Court decisions: Court access decisions and choice-of-law decisions. In a Court access decision, a Court determines whether it will allow a plaintiffs claim to proceed in that Court. For example, Court access decisions in the United States include subject matter jurisdiction, personal jurisdiction, and forum non conveniens decisions. If a Court grants a motion to dismiss for lack of subject matter or personal jurisdiction or based on the forum non conveniens doctrine, the plaintiffs claim cannot proceed in that Court. A plaintiff is unlikely to incur the costs of filing a lawsuit in a particular Court unless she believes that there is some chance of a favorable Court access decision. Stated more generally, other things being equal, the higher a plaintiffs expectation that a particular Court will make a favorable Court access decision, the more likely she is to file a lawsuit in that Court (...)". See also: F.K. JUENGER, *Forum shopping, domestic and international*, in *Tulane Law Review*, 1989, pp. 554 "(...) forum shopping connotes the exercise of the plaintiffs option to bring a lawsuit in one of several different Courts (...)."

E. Mikołajczyk v. M.L. Czarnecka and S. Czarnecki C-294/15 of 13 October 2016 under: "(...) the application of the jurisdiction rules of the *forum actoris* (...)"³⁰⁰. On the same spirit also the sentence: *Pula Parking d.o.o. v. Sven Klaus Tederahn* C-551/15 of 09 March 2017 where the Court determines that: "(...) the term 'Court', for the purposes of that Regulation, encompasses not only the judicial authorities, but also any authority competent in that area which exercises judicial functions and which satisfies certain conditions listed in that provision (...)". Obviously, the habitual residence and/or the status of a third State in the same way as citizenship are two fundamental criteria for judging the discretion of the judge on the basis of links being subjective or objective different or subsidiary to those provided for by the Regulation as has been confirmed in the judgment of the Court: *Zulfikonasić v. Slaven Gajer* C-484/15 of 09 March 2017. In the case of a conflict of laws³⁰¹, the *erga omnes* character of the Regulation (principle also adopted by the case law of the Court, through the judgment: *A. Kubicka* C-218/16 of 17 October 2017) applies only to provisions which enter into the circle of foreign decisions and acts³⁰², that is from third countries and in that case the national legislation should be applied. That possibility does not apply to the rules on jurisdiction where, under the Regulation, they are not subject to the condition that they may be applicable in *ratione personae* as provided for in Regulation n. 44/2001 and n. 2201/2003, which provided for an express reminder of national jurisdiction, that is, residual jurisdiction. The exclusion of *renvoi* could have some significance if a dispute regarding the succession is referred to a Court of a State not bound by the Regulation. In the same spirit under Rome Regulation it is possible to take into account the "circumstances of the case". And in the event that a succession proceeding: "can not reasonably be prosecuted either done or becomes impossible" according to art.11 of the Regulation serves a sufficient and concrete link with the third state and its jurisdiction. It presents this forum as a *forum necessitatis* that aims to compensate for the abolition of residual national competences³⁰³.

³⁰⁰ J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges par la liberté*, op. cit.

³⁰¹ C.A. WHYTOCK, *Conflict of laws, global governance, and transnational legal order*, in *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2016, pp. 122ss. According to the author: "(...) conflict of laws also only partially meets the third criterion for legality in the TLO framework. This criterion is that the norms are produced by, or in conjunction with, a legal organization or network that transcends or spans the nation-state (...) but conflict-of-laws norms have been produced primarily at the national level-including the aforementioned codifications, common law rules, and hybrid forms (...)". See also: R. SOMSSICH, *Cohabitation of EU Regulations and national laws in the field of conflict of laws*, in *ELTE Law Journal*, 2015, pp. 69ss

³⁰² The judgment of the Court of Justice *Tecom Mican, SL v. José Arias Dominguez* C-223/14 of 11 November 2015, made a distinction between public and extra judicial acts, stating that the extrajudicial act includes: "(...) private acts when their formal transmission to the recipient resident abroad is necessary for the exercise, the proof or the protection of a right or legal claim in civil or commercial matters (...)". See the Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012. See in argument: CH. PAMBOUKIS, *Les actes publics et la méthode de la reconnaissance*, in P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de La Haye du 18 Janvier 2013*, ed. Pedone, 2013, pp. 134ss. C. A. MONZNIS, *New developments in the scope of the circulation of public documents in the European Union*, in *Zeitschrift für Zivilprozess international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts*, 2013, pp. 246ss. M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT PERUZZETTO, *The place of International agreements and European Law in a European code of private international law*, ed. Peter Lang, 2012, pp. 186ss. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Les exigences du marché intérieur dans la construction d'un code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle*, in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, ed. Peter Lang, 2011, pp. 106ss. J. FITCHEN, *Recognition, acceptance and enforcement of authentic instruments in the succession Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 2012, pp. 324ss. J.J. FORNER DELAYGUA, *Concepto de "documento extrajudicial" en el Reglamento (CE) n.º 1393/2007, de notificaciones*, in *Diario La Ley*, 2016, pp. 4ss. M. GUZMÁN ZAPATER, *La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: El Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2016. P. GRÉCIANO, *Droit de l'Union Européenne et médiation linguistique*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2015, pp. 4ss. M. FONT I MAS, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. Bosch, 2014.

³⁰³ See in succession law: M. GORÉ, *La professio iuris*, in *Rèpertoire du Notariat*, 2012, pp. 763ss. A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des Cours*, 2010, pp. 72ss. E. LEIN, *A further step towards a European Code of Private International Law: The Commission's Proposal for a Regulation on Succession*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, pp. 108ss. 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-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010, pp. 158ss. G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: Étude de la proposition*

VII. Conclusions

56. As we have understood the attempt to harmonize family law³⁰⁴, and not only is based on the horizontal point of view of family values between states and in a vertical manner to international and supranational human rights guarantee instruments and in the jurisprudential interpretation of themselves³⁰⁵.

57. Finally, we can say that the aforementioned cases law has shown that every system of conflict has its own solutions to the attribution of legal force in the forum to foreign decisions or acts, always trying to bring other conflicts with the state of origin. These are cooperative and alternative techniques compared to those of spatial localization of the case, which aim to overcome the differences between individual systems. Despite the years of unification and harmonization in the system of private, EU and international law³⁰⁶, the development of conflict rules are still evolving. The methodical and substantive

de règlement du 14 octobre 2009, ed. Défrénois, 2010. A. BONOMI, C. SCHMID (eds), *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, ed. Schulthess, 2010. B. ANCEL, *Convergence des droits et droit européen des successions internationales: Proposition de Règlement du 14 octobre 2009*, in C. BALDUS, P. C. MÜLLER-GRAFF (eds), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint durch Gruppenbildung im Sachen-Familien-und Erbrecht? Droit privé européen: l'unité dans la diversité. Convergences en droit des biens, de la famille et des successions?*, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 185ss. J. HARRIS, *The proposed EU Regulation on succession and wills: Prospects and challenges*, in *Trust Law International*, 2008, pp. 181ss. S. GODECHOT-PATRIS, *Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes...*, in *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2464ss. H. ROSOUX, *Arrêt sur le régime transitoire du Règlement successions*, in *Revue de Planification Patrimoniale Belge et Internationale*, 2014. M. REVILLARD, G. KHAIRALLAH, *Droit européen des successions internationales*, ed. Defrénois, 2013, pp. 240ss. M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, ed. Defrénois, 2012, pp. 757ss. N. GEELHAND DE MERXEM, *Le nouveau droit international privé en matière de successions: déjà utile?*, in *Revue du Notariat Belge*, 2013, pp. 466ss. C. SCHOPPE, *The intertemporal provisions regarding choice-of-law clauses under Europeanised inheritance law*, in *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 2014, pp. 27ss. A.L. CALVO CARANACA, A. DAVÍ, H.P. MANSEL, *The EU succession Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, 2016. P. BEAUMONT, J. HOLLIDAY, *Some Aspects of Scots Private International Law of Succession Taking Account of the Impact of the EU Succession Regulation*, in *Centre for Private International Law, University of Aberdeen, Working Paper No. 2015/6*. A. DUTTA, S. HERRLER (eds), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, ed. Beck, 2014, pp. 132ss. C. MAJER, *Die Geltung der EU-Erbrechtsverordnung für reine Drittstaatsverhältnisse*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2011, pp. 447ss. A. DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union-Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, pp. 12ss. H. GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD (eds), *Droit européen des successions internationales*, ed. Lextenso 2013, pp. 127ss. F.M. WILKE, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, pp. 605ss. H. DÖRNER, *EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbrechtsverfahrensrecht ist im Kraft!*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, pp. 510ss. P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2012, pp. 701ss. D. DAMASCELLI, *La "circulation" au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2013, pp. 425ss. J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *El Reglamento nº 650/2012 y la ordenación de la sucesión mortis causa de los españoles de vecindad civil común mediante testamento mancomunado: breves notas sobre el tema*, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2013, pp. 316ss. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 366ss. P. BOURGUES, C. MONTAGNE, *La circulation des modèles normatifs*, ed. PUF, 2017. According to the writer's view and the above mentioned bibliography, the following syllogism of thought is reached, which: despite the rich and plentiful jurisprudence and european legislation in the international private sector, the danger of malfunctioning and non total harmonization is still very high of the fragmentation that characterizes the Regulations in force, each definitely dedicated to a specific disciplinary aspect, but often lack the necessary links with other. The scope of the decision making process is facilitated by automatic recognition and the abolition of *exequatur*; but the application of the applicable law in all matters and especially in family protection still shows a lack of elections, based on the habitual residence that allows transfers of goods and people from one country to another while remaining faithful to the principles of the Union. Opportunities granted by private international law have filled many gaps, but at the same time they also allow "escape" from the rigors of the norms of certain countries in favor of more liberal, democratic and/or necessary solutions to deal with new realities as new types of marriage between people the same sex, civil unions, goods purchased in various countries with laws that continue to remain faithful to religious system of enhanced cooperation and the smooth functioning of the internal market is one of the fundamental principles of the Union, which is paving the way for a balance of uniformity and flexibility which seeks to highlight the benefits of enhanced cooperation, at least the rules of private international law.

³⁰⁴ J. MAIR, E. ÖRÜCÜ, *Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on parental responsibilities*, ed. Intersentia, 2010.

³⁰⁵ E. FONGARO, *Droit patrimonial, européen de la famille*, ed. LexisNexis, 2013.

³⁰⁶ M. HARDING, *The harmonisation of private international law in Europe: Taking the character out of family law?*, in

guidelines to be adopted must not only take into account the principles set out in the legal field but also transpose the fundamental assessments of European law. It is up to the Union to formulate a policy regarding private international law that links an inward looking internal market with a broadly developed external private law. The elaboration of a full faith and credit³⁰⁷ clause in EU law would be a major step towards the rights and freedoms enshrined as fundamental principles for a democratic system that will prevail only after it has been adequately balanced with the interest in freedom of circulation³⁰⁸.

58. The need to ensure, within the EU, an effective system of justice through the application of the principles of necessity and proportionality results in the effectiveness of the protection of rights as a goal not only of a fair process but also of a case law attributed to which avoids disproportionate and unacceptable interventions that unjustifiably undermine the very substance of supranational justice that is the effective protection of human rights³⁰⁹.

59. The logic behind a “differentiated” and/or multilevel integration³¹⁰ that has been pursued for years in the human rights sector is a threat to the unity and coherence of EU law, a threat that can be countered by institutional mechanisms which seek to increase the quality of application of the law and European Union law, as is also apparent from the case law of the Court of Justice for a preliminary ruling. There is no doubt that the case law of both the European Court of Human Rights and the Court of Justice is in the line of the “progressive privatization of the marriage relationship”, *rectius* of the unification of a system of “a new European family”³¹¹ which by now “broadens a free and certain autonomy” in having their relationship in the new European international context³¹². In particular, it appears that the Court of Justice, in order to resolve the problems caused by the difficult reconciliation of the different positions of the Member States, according to a European “spirit” based on its own European principles, above all of subsidiarity and many times leading to proportionality and proximity, has been pushing for an interpretative road of the Union's norms by seeking “creative” ways of filling legislative and legal gaps.

60. In particular, the Court of Justice may take into account the ECtHR's guidelines in the interpretation of the public order limit even with regard to the problems that may arise in the recognition and enforcement of judgments. Failure to respect the guarantees of the right process would at the same time constitute a violation of both the ECHR and the EU principles. Obviously, it is difficult to predict the obligation to refer the matter to the Court of Justice for a preliminary ruling when an appeal to the European Court on issues that may affect the enforceability of a foreign judgment has not yet been

Journal of Private International Law, 2014, pp. 204ss. T.L. WAERSTAD, *Harmonising human rights law and private international law*, in *Oslo Law Review*, 2016. M. WELLER, *Mutual trust: In search of the future of European private international law*, in *Journal of Private International Law*, 2015.

³⁰⁷ M.S. QUINTANILLA, C.A. WHYTOCK, *The New Multipolarity in Transnational Litigation: Foreign Courts, Foreign Judgments, and Foreign Law*, in *Southwestern Journal of International Law*, 2011, pp. 37ss. T.C. HALLIDAY, G. SHAFFER, *Transnational legal orders*, Cambridge University Press, 2015, pp. 287ss.

³⁰⁸ S. CORNELOUP, *The impact of EU fundamental rights on private international law*, op. cit.

³⁰⁹ J. FAWCETT, S. SHAH, M. SHUILLEABHAIN, *Human rights and private international law*, op. cit.

³¹⁰ E. VAN SCHAGEN, *The development of European private law in a multilevel legal order*, ed. Intersentia, 2016.

³¹¹ U.C. WALTER, *Internationales Familienrecht*, Verlag Österreich, 2017, pp. 258ss.

³¹² J. BRIDIE, T. BOND, L. GRIBBIN, M. REARDON (eds.), *A practical approach to family law*, Oxford University Press, 2012. A. BRIGGS, *The conflict of laws*, op. cit., B. DÍAZ CAMPUZANO, *The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes*, in *Yearbook of Private International Law*, 2012, pp. 234ss. B. DÍAZ CAMPUZANO, *Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation*, in B.D. CAMPUZANO, *Latest developments in EU private international law*, ed. Intersentia, 2011, pp. 23-48. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (ed.), *Forum shopping in the European judicial area*, Hart Publishing, 2013. R. DI NOTO, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, nouveau paradigme en droit international privé des personnes?*, in R. ALLEWELDT, R. CALLSEN, J. DUPENDANT (eds), *Human rights abuses in the contemporary world*, ed. Peter Lang, 2012. A. BÜCHLER, *The right to respect for private and family law*, in A. BÜCHLER, H. KELLER, *Family forms and parenthood*, ed. Intersentia, 2016, pp. 32ss. J. EEKELAAR, J. MACLEAN, *Family justice: The work of family judges in uncertain times*, Hart Publishing, 2013. B. LANGHENDRIES, *La loi applicable au divorce à l'aune du règlement Rome III*, in *Revue du Droit des Étrangers*, 2012, pp. 5ss. H. PÉROZ, *Le choix de la loi applicable au divorce international: Nouvelle perspective pour les praticiens*, in *La Semaine Juridique*, 2012, pp. 1202ss.

concluded. They oppose the fundamental requirements of certainty and speed that are judicial area and which strictly delimit the grounds of opposition. It is not yet clear how the judicial function of the Court of Justice can be redefined in order to improve coordination with the Court of Strasbourg and thus strengthen the fundamental human rights guarantees. Ultimately, we must conclude with an optimistic invitation recalling the famous saying: where there is a will there is a way!

RECORRIDO TRANSNACIONAL DE LA SOBERANÍA TRIBUTARIA

TRANSNATIONAL ROUTE OF THE TAX SOVEREIGNTY

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido: 26.01.2018 / Aceptado: 02.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4124>

Resumen: El concepto de soberanía tributaria tiene una especial proyección en el ámbito transnacional. La evolución sufrida por la soberanía tributaria internacional, hace necesario estudiar la validez de las tradicionales normas generales del Derecho Internacional Tributario. Se debe analizar la vigencia de los principios tradicionales del Derecho Internacional Tributario, en atención a la importante evolución de éste. Se trata de una disciplina internacional en constante evolución, pero que, sin embargo, nunca ha estado bien estructurada dogmáticamente, de ahí la especial importancia del análisis de las cuestiones apuntadas.

Palabras clave: Derecho Financiero y Tributario, soberanía tributaria, Derecho Internacional Tributario.

Abstract: The concept of tax sovereignty has a special projection in the transnational realm. The evolution undergone by the international tax sovereignty, make it necessary to study the validity of the traditional rules of International Tax Law. It must analyse the state enforcing the traditional principles of International Tax Law, in view of the important developments. It is an international discipline in constant evolution, but which, however, it has never been dogmatically well structured, hence the special importance of the analysis of the issues mentioned.

Keywords: Financial and Tax Law, tax sovereignty, International Tax Law.

Sumario: I. Perspectiva global del fenómeno tributario internacional. II. Los textos normativos en materia de fiscalidad internacional y los principios generales rectores de la misma. III. Estructura del Derecho Internacional Tributario. IV. Derecho Internacional Tributario versus Derecho Tributario Internacional. V. La soberanía como idea central. VI. La posible toma en consideración de la idea de justicia tributaria desde la perspectiva de las relaciones fiscales internacionales: la disciplina europea. VII. Selección de los elementos más significativos de la fiscalidad internacional. VIII. Consideraciones finales.

I. Perspectiva global del fenómeno tributario internacional

1. Las coordenadas bajo las que se mueve el fenómeno tributario tienen unas especiales particularidades desde la perspectiva transnacional. Ante una realidad social, internacional y jurídica como es el fenómeno tributario internacional, resulta bastante complejo articular la disciplina a la que sirve de objeto tal realidad.

2. La construcción de la fiscalidad internacional como subdisciplina dentro del Derecho Tributario, en las últimas décadas, parece haberse realizado a golpe de norma particular o cuestión concreta. Con el tiempo se ha ido perdiendo la preocupación por una visión “global” de todos los problemas del Derecho Internacional Tributario. Más allá del Modelo de la OCDE de convenio internacional para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude fiscal –y el ya casi olvidado Modelo, también de la OCDE, de convenio internacional para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre sucesiones y donaciones–, de la jurisprudencia en materia tributaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de las grandes cuestiones de la armonización fiscal y así de las principales directivas comunitarias en materia impositiva, a parte de algún otro texto internacional, en ocasiones de la OCDE, por ejemplo también en materia de lucha contra el fraude, o en otros ámbitos de la Unión Europea, sobre diversas cuestiones, no existe una preocupación por delimitar una construcción global y armónica de los grandes principios de la fiscalidad internacional y por la estructuración dogmática del Derecho Internacional Tributario.

3. Cuando no existían aún las Comunidades Europeas, luego Unión Europea, cuando no existían tantos convenios internacionales en materia tributaria, esencialmente desde inicios hasta mediados del siglo pasado, la doctrina tributaria y la doctrina internacional se preocupaban en mayor medida por buscar otros instrumentos de actuación y delimitación normativa internacional, que no podían ser otra cosa que la búsqueda de si existían principios generales, normas generales o costumbres internacionales aplicables al Derecho Internacional Tributario. Se preocupaba la doctrina por la búsqueda de un derecho Internacional General en materia tributaria.

4. Bien es cierto que la modernidad del sistema tributario de un Estado en materia de fiscalidad internacional viene marcada por el número de convenios internacionales de carácter fiscal que firme dicho Estado, pero esto no debe hacer desaparecer la preocupación por la búsqueda de si existen o no principios generales de Derecho Internacional aplicables a los Estados en materia tributaria, más allá de su consentimiento expreso, como reglas de juego esenciales en la Comunidad o Sociedad Internacional.

5. Existen algunos Estados con los que no ha funcionado la vía de los convenios internacionales, precisamente porque no firman tal tipo de convenios; son esencialmente los paraísos fiscales, que en gran medida se puede decir que viven económicamente de eso, de estar aislados en materia fiscal, de no firmar convenios en materia tributaria, de ser opacos fiscalmente, de encubrir el fraude fiscal realizado en perjuicio de otros muchos Estados soberanos.

6. Digamos que en este campo, después de tantos años, la OCDE, la Unión Europea, incluso la actuación de Estados Unidos, en cierto modo se puede decir que ha fracasado y los paraísos fiscales siguen existiendo como tales en perjuicio de otros Estados.

7. A veces, tales paraísos, son territorios sometidos a la soberanía de algún Estado desarrollado, con lo que la evolución de los problemas en relación a los mismos puede ser mucho más esperanzadora, por la presión a ejercer sobre dicho Estado.

8. El problema puede estar en mayor medida en relación a aquellos territorios con soberanía propia como Estados, que sean paraísos fiscales, siempre que no estén sometidos o necesitados de una fuerte vinculación con otros Estados que puedan ejercer una fática presión sobre ellos en tal sentido, que ayude a acabar con su actuación como paraísos fiscales.

9. Pero precisamente en relación a tales “pequeños” paraísos fiscales que tienen que defender su identidad como Estados soberanos, si en cierta medida la OCDE y la Unión Europea han fracasado en su propósito, quizás sea ahora la oportunidad o momento de entrar en escena al efecto en mayor medida para Naciones Unidas, que es la organización internacional –más global– que precisamente se puede presentar como la mayor garante de su identidad como Estados independientes.

10. Con ello, más que nunca, es necesaria la delimitación y estructuración clara de los principios generales del Derecho Internacional Tributario.

II. Los textos normativos en materia de fiscalidad internacional y los principios generales rectores de la misma

11. El tipo de texto normativo más frecuente dentro del Derecho Internacional Tributario aparece constituido, sin duda alguna, por los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y evitar el fraude fiscal, realizados siguiendo el Modelo de la OCDE. Este tipo de convenios se ha impuesto en las relaciones fiscales internacionales entre cualquier clase de Estados, creándose una gran red de convenios bilaterales, que otorga seguridad jurídica ante el fenómeno fiscal en las relaciones e inversiones económicas internacionales.

12. A pesar de que algunos otros organismos internacionales, especialmente Naciones Unidas, han creado otro tipo de modelos de convenio bilateral para evitar la doble imposición pensando en las relaciones entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, tales modelos alternativos no han conseguido el desarrollo esperado. Al final, entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo se terminan firmando también convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional siguiendo el Modelo de la OCDE. Ello a pesar de que este Modelo está pensando en convenios entre dos Estados con inversiones recíprocas; al final se terminan firmando también entre dos Estados de los que sólo uno exporta capital al otro, con el consiguiente desequilibrio que esto conlleva. Tal situación sólo se puede explicar tomando en consideración los efectos de la globalización.

13. Por ello, debemos fijarnos en las otras dos grandes ramas del Derecho Internacional Tributario, es decir, en el Derecho de la Unión Europea en materia tributaria y, especialmente, en el Derecho Internacional General en esta misma materia. Este último debería revitalizarse para proteger los intereses de los Estados menos favorecidos en la negociación de convenios internacionales bilaterales.

14. El Derecho Internacional General estaría compuesto por principios generales y costumbres internacionales. Obviamente, su alcance es mucho menor que el de otras ramas del Derecho Internacional Tributario. Pero habría que plantearse hasta qué punto el desarrollo de la globalización puede conseguir que algunas reglas en las relaciones tributarias internacionales se conviertan en normas de Derecho Internacional General, más allá del consentimiento expreso de los Estados. De ahí la necesidad de redefinir el Derecho Internacional General en materia tributaria.

III. Estructura del Derecho Internacional Tributario

15. La contemplación de la incidencia del Derecho de origen internacional en materia tributaria normalmente se realiza desde dos perspectivas distintas. De un lado, se encuentra la perspectiva del Derecho Internacional Convencional, es decir, la relativa a los convenios internacionales que afectan a esta materia. De otro, nos encontramos con la del Derecho Comunitario Europeo (o, actualmente, Derecho de la Unión Europea), donde, junto al Derecho Comunitario originario, nos encontramos con el Derecho Comunitario derivado. El primero de estos dos, el Derecho Comunitario originario, está compuesto por Tratados, por lo que en su esencia podría encuadrarse dentro del Derecho Internacional Convencional; lo que sucede es que estos acuerdos entre los Estados miembros de la Unión Europea tienen un contenido de atribución competencial a ésta, que sitúa a tales Tratados a un nivel que está muy por encima de los tradicionales convenios en materia tributaria. Por otra parte, el Derecho Comunitario derivado está compuesto por los actos normativos de las instituciones comunitarias. Al Derecho Comunitario, después del Tratado de Lisboa, resultaría más riguroso llamarlo Derecho de la Unión Europea, pero la denominación de Derecho Comunitario ha calado de tal manera en la tradición jurídica que es difícil prescindir de ella en la práctica.

16. El Derecho Internacional Convencional en materia tributaria se compone esencialmente de convenios para evitar la doble imposición internacional, en casi su inmensa totalidad bilaterales. De todos modos, disposiciones de naturaleza tributaria las podemos encontrar en otros tipos de convenios internacionales, aun no estando dedicados esencialmente a la materia tributaria.

17. En el ámbito del Derecho Comunitario nos encontramos con distintos campos de incidencia en materia tributaria: de un lado, nos encontramos con el campo de la armonización fiscal comunitaria, que intenta aproximar las legislaciones tributarias de los distintos Estados comunitarios en determinadas materias; de otro, nos encontramos con los recursos comunitarios de naturaleza tributaria, como fuente de financiación comunitaria; por último, nos encontramos con la cooperación en la aplicación de los tributos impuesta a los Estados miembros por las instituciones comunitarias. Este tercer campo de incidencia del Derecho Comunitario, es decir, estos deberes de colaboración entre Administraciones tributarias a veces afectan a tributos propios comunitarios y en ocasiones a impuestos estatales armonizados, con lo cual en muchos casos esta labor de cooperación administrativa podría quedar incluida en alguno de los dos ámbitos señalados anteriormente, o sea, en el de los recursos propios de naturaleza tributaria o en el de la armonización fiscal. Pero esta actuación normativa de la Unión Europea consistente en imponer a los Estados miembros un deber de colaborar entre ellos para la aplicación de los tributos, a veces afecta también a impuestos que ni son recursos propios de aquélla, ni son impuestos armonizados conforme a directivas comunitarias. En función de ello, en este caso ya estaríamos ante un tercer campo distinto de los anteriores, salvo que con ello entendamos que lo que se está realizando es una labor de armonización fiscal en el plano formal, es decir, no en el plano de los elementos materiales o sustantivos de los impuestos, sino en el de su aplicación efectiva o formal.

18. Resulta lógico, por su importancia práctica, que la atención de la doctrina tributaria en relación al Derecho Internacional se haya centrado en los dos ámbitos apuntados; de un lado, en los convenios internacionales para evitar la doble imposición y, de otro, en la incidencia del Derecho Comunitario Europeo en materia tributaria. Pero en el esquema de fuentes del Derecho Internacional no debemos perder de vista la costumbre internacional y los Principios Generales del Derecho, que conforman lo que se podría denominar el Derecho Internacional General, en cuanto normas aplicables a cualquier Estado con independencia de la prestación o no de su consentimiento directo a las mismas, como normas consolidadas en el devenir y formación de la Comunidad Internacional.

19. Obviamente, en una materia como la tributaria, tan vinculada a la política económica de cada Estado, la incidencia del Derecho Internacional General es mucho menor que la del Derecho Internacional Convencional y que la del Derecho Comunitario Europeo. Esto no quita que se le deba prestar cierta atención a la incidencia, aunque escasa en su extensión, pero no en su importancia, que el Derecho Internacional General pueda tener en materia tributaria.

20. Ello se debe hacer desde dos perspectivas distintas. De un lado, intentando localizar si existe, aunque sea difícil de concretar, alguna norma de Derecho Internacional General que afecte específicamente al ámbito tributario. De otro, analizando la forma en que algunas ideas y principios de Derecho Internacional General, aunque no específicamente tributarios, pueden afectar a la mecánica de aplicación impositiva, desde la contemplación de los intereses de distintos Estados.

21. De todas maneras, todo lo expuesto no responde a compartimentos estancos o incomunicados, sino que la interrelación entre los distintos grupos o tipos de normas es tan permeable e interdependiente como en el resto de ramas del Ordenamiento jurídico. Fijémonos, por ejemplo, en los distintos tipos de normas que se pueden distinguir dentro del Derecho Comunitario Europeo en materia tributaria e intentemos aplicarlos al régimen fiscal de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea. En el artículo 12 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea, de 8 de abril de 1965 –modificado por el Tratado de Lisboa–, se establece al mismo tiempo la exención de los rendimientos obtenidos por aquéllos como consecuencia de su trabajo para las instituciones comunitarias y la suje-

ción de tales rendimientos a un impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea, de los que es beneficiaria ésta y que se recauda simplemente a través de retenciones sobre dichos rendimientos del trabajo, en función del montante anual que recibe el funcionario y del número de hijos bajo su dependencia. De un lado, la exención referida evita la doble imposición que, de no existir este beneficio fiscal, se daría entre los impuestos estatales sobre la renta y el citado impuesto comunitario; la norma que establece esta exención en los impuestos estatales, aunque forma parte del Derecho Comunitario originario se parecería más bien a las normas de armonización fiscal comunitaria, si bien estas últimas suelen ser de Derecho Comunitario derivado, es decir suelen derivar de las instituciones comunitarias. De otro lado, la norma que establece el citado impuesto comunitario se podría entender más bien comprendida en el bloque normativo de los recursos propios comunitarios, si bien no representa un elemento esencial en la financiación comunitaria –su existencia se fundamenta en otras razones– y no aparece contemplado en las Decisiones sobre el sistema de recursos propios comunitarios. De esta forma, se trataría de un ejemplo de tema donde se interrelacionan los bloques normativos individualizados anteriormente.

IV. Derecho Internacional Tributario *versus* Derecho Tributario Internacional

22. Señalaba FEDOZZI que la experiencia demuestra que la partición del Derecho Internacional en base a las mismas categorías del Derecho interno ha sido muy útil desde el punto de vista sistemático y sustancialmente fecunda de incremento científico, lo que era presentado por este autor como legitimación de la división que hace dentro del Derecho Internacional, incluyendo el “Derecho internacional tributario” entre sus ramas¹.

23. Partiendo de la inexistencia de verdaderas relaciones tributarias entre Estados en cuanto tales –o sea, en cuanto sujetos de Derecho Internacional en el ejercicio de su personalidad internacional– y de la falta de carácter tributario en las contribuciones financieras de los Estados a las organizaciones internacionales, llegaba UDINA a la conclusión de que no se podía hablar de la existencia de un verdadero y propio “derecho internacional tributario”. No obstante, para este autor no se podía prescindir de tal denominación y así, según él, el concepto de Derecho Internacional Tributario podía ser entendido en sentido más amplio como comprensivo de las normas del Ordenamiento internacional que conciernen de un modo u otro al ejercicio del Poder Tributario de los Estados, considerando las relaciones tributarias en cuanto desarrolladas no entre los mismos Estados, sino entre cada Estado y las personas físicas o jurídicas dependientes de éste y, así pues, solamente como objeto indirecto y mediato de las normas internacionales. Destacaba este autor que como distinto de éste se presenta el “derecho tributario internacional”, constituido por las “normas tributarias internas relativas a las relaciones con el extranjero”².

24. Pero UDINA, en relación a la problemática de las normas internacionales en materia tributaria, no se limitó a individualizar una rama del Derecho Internacional llamada Derecho Internacional Tributario. Este autor también propuso la creación de un “Tribunal fiscal internacional”, que tendría por competencia conocer de las controversias entre Estados relativas a las normas internacionales en materia tributaria –y de las cuales puede conocer el Tribunal Internacional de Justicia–, proponiendo, además, en la delimitación ideal de tal Tribunal fiscal internacional, la posibilidad de plantear recurso ante el mismo también por parte de los particulares³.

25. Posteriormente, el mismo UDINA, en relación a los tributos que las organizaciones internacionales exigen a sus funcionarios, afirmaba que en estos casos “se puede ya hablar de un verdadero y propio derecho internacional tributario, que implica una manifestación de potestad de imperio de carác-

¹ *Corso di Diritto Internazionale*, Volume Primo, I, CEDAM, Padova, 1931, págs. 37 y 38.

² *Il diritto internazionale tributario*, CEDAM, Padova, 1949, págs. 16 a 31.

³ “Sulla creazione d’una Corte internazionale per le controversie in materia tributaria”, en la *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Parte I, 1949, págs. 54 y ss.

ter tributario, fundada sobre el derecho internacional, entre sujetos internacionales que se encuentran respectivamente en posición de superioridad y de dependencia”⁴. En esta sede, este autor hablaba de una relación entre “sujetos internacionales”, pero debemos tener en cuenta que un funcionario de una organización internacional no tiene personalidad jurídica internacional.

26. Más estricto se muestra en su planteamiento G. TESAURO, quien señala que sólo si se pudiese reconocer la naturaleza tributaria de las contribuciones de los Estados a las organizaciones internacionales se podría correctamente hablar de Derecho Internacional Tributario y no en ningún otro caso. Tampoco para este autor el fenómeno de las contribuciones financieras de los Estados miembros a las organizaciones internacionales presenta naturaleza tributaria⁵.

27. Por otra parte, basándose en el dato de que las normas internacionales influyen y condicionan el Derecho interno en materia tributaria y dado que dentro del Derecho Internacional se forman particulares grupos de normas convencionales, distinguiéndose propiamente cada uno de los cuales en base a los caracteres de la materia objeto de las normas del correspondiente sector disciplinar de Derecho interno, sector en el que se integran las normas internas que derivan de las internacionales que pertenecen al grupo en cuestión, señala CROXATTO que se puede sostener la existencia de un sector del Ordenamiento jurídico internacional al que referir la tradicional denominación de Derecho Internacional Tributario y que se caracteriza por los aspectos peculiares de la actividad del Estado en esta materia, que es objeto de las normas en él comprendidas⁶.

28. De otro lado, SAMPAY hablaba de “Derecho Fiscal Internacional”, incluyendo en el mismo tanto las normas internas como las normas internacionales en materia tributaria⁷. Es también de destacar el planteamiento de BÜHLER, quien hablaba de un Derecho Internacional Tributario en sentido estricto, en el cual incluía normas de origen internacional, y de un Derecho Internacional Tributario en sentido amplio, en el cual incluía tanto normas de origen internacional como normas nacionales⁸.

29. La distinción entre Derecho Internacional Tributario –normas internacionales– y Derecho Tributario Internacional –normas nacionales– ha sido utilizada por la doctrina tributaria⁹. El Derecho Internacional Tributario condiciona al Derecho Tributario Internacional. En el Ordenamiento jurídico español, para que las normas de un tratado internacional se conviertan en Derecho interno basta solamente una actividad administrativa de publicación en el Boletín Oficial del Estado del tratado ya ratificado. Así, el artículo 96.1 de la Constitución dispone que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Una vez que el tratado internacional ha pasado a formar parte del Ordenamiento español, adquiere en éste una posición de jerarquía normativa por encima de la ley, como se desprende de la referencia que se hace en el mismo artículo 96.1 *in fine* a que las disposiciones de los tratados internacionales “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

⁴ M. UDINA, “Il Trattamento Tributario dei Funzionari Internazionali”, en *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie (Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag)*, Girardet & Co., Hamburg, 1953, pág. 284.

⁵ G. TESAURO, *Il finanziamento delle organizzazioni internazionali*, Jovene, Napoli, 1969, pág. 8, nota 6.

⁶ G. C. CROXATTO, “Le norme di Diritto internazionale tributario”, en *Studi in onore di Enrico Allorio*, II, Giuffrè, Milano, 1989, págs. 2223 y 2224; y, del mismo autor, “Diritto internazionale tributario”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, IV, UTET, Torino, 1989, pág. 642.

⁷ A. SAMPAY, *El Derecho Fiscal Internacional*, Ediciones Biblioteca Laboremus, La Plata-Buenos Aires, 1951, pág. 91.

⁸ *Principios de Derecho Internacional Tributario* (Versión castellana de F. CERVERA TORREJÓN), Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, pág. 5.

⁹ Véanse C. C. CARLI: “Cooperazione internazionale tributaria”, en la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, págs. 1 y 4-5; J.J. FERREIRO LAPATZA,,: *Curso de Derecho Financiero Español*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1988, págs. 112 y 113; y F.SAINZ DE BUJANDA, “La interpretación de los Tratados internacionales para evitar la doble imposición”, en *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero*, 1960, págs. 92 y 93. Este último autor citado, en otra de sus obras, hablaba del “Derecho fiscal internacional”, incluyendo bajo esta denominación referencias a las normas nacionales y a las normas internacionales en materia tributaria (*Hacienda y Derecho*, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 465 y ss.).

30. Entonces, si las normas de los tratados internacionales en materia tributaria se convierten en Derecho interno, debemos preguntarnos qué sentido tiene mantener la distinción entre Derecho Internacional Tributario y Derecho Tributario Internacional. El calificativo de internacional del primero encuentra su legitimación en el origen de la norma; aunque las normas de los tratados internacionales se convierten en Derecho interno, su origen es internacional, mientras que las normas de Derecho Tributario Internacional tienen un origen interno. Y estas últimas encuentran la legitimación del calificativo de internacional en la naturaleza del ámbito sobre el que inciden. Tal ámbito está constituido por la fiscalidad de las manifestaciones de riqueza transnacionales, que surgen con el tráfico internacional de mercancías, capitales y sujetos.

31. Pero no son las normas de los tratados internacionales y las normas de Derecho Comunitario Europeo las únicas normas que integran el Derecho Internacional. No debemos olvidar el Derecho Internacional General, compuesto, como hemos apuntado, por costumbres y Principios Generales. Las normas del Derecho Internacional General no se integran en el Derecho interno en el modo en que lo hacen las normas de los tratados internacionales, presentándose aquéllas solamente como un condicionante del Derecho nacional. Y aunque el Derecho Internacional General no tiene tanta importancia en la práctica en materia tributaria en comparación con la de los tratados internacionales, no se puede negar cierta influencia del mismo en esta materia, presentándose, además, sus principios como la base esencial de la territorialidad en sentido formal o eficacia espacial del tributo.

32. Por otra parte, reviste una extraordinaria importancia en materia tributaria el Derecho Comunitario Europeo. Éste tiene un claro origen internacional. El Derecho Comunitario originario nace del acuerdo o del tratado internacional, mientras el Derecho Comunitario derivado nace de los actos de las instituciones comunitarias, que son órganos internacionales, órganos de organizaciones internacionales. Pero también el Derecho Comunitario se convierte en Derecho interno. Basta la publicación de los actos normativos de las instituciones comunitarias en el Diario Oficial de la Unión Europea para que se conviertan en Derecho interno, debiendo ser aplicados directamente por los órganos estatales. Dada la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional, aquél constituye también un límite al legislador tributario.

33. El Derecho Comunitario Europeo no es como el Derecho Internacional tradicional. De este último son solamente sujetos los Estados y las organizaciones internacionales, presentándose como los únicos verdaderos titulares de los derechos y obligaciones del Ordenamiento internacional tradicional. El Derecho Comunitario nace de instrumentos internacionales, pero luego afecta directamente a los ciudadanos comunitarios, creando derechos directamente en relación a éstos, sin necesidad, en principio¹⁰, de una intervención normativa estatal. Son derechos del ciudadano comunitario frente a su Estado, frente a los otros Estados comunitarios y frente a la propia Unión Europea¹¹.

¹⁰ Las directivas son el instrumento normativo fundamental para armonizar las legislaciones nacionales y, claro está, los ordenamientos tributarios internos de los Estados miembros. Aunque las directivas normalmente necesitan de normas de adaptación del Derecho interno para desplegar su plena eficacia en el mismo, no siempre debe ser así. Puede suceder que, ante una directiva de armonización de los tributos nacionales, un Estado miembro no haya creado una norma de adaptación de su ordenamiento tributario a la directiva y que, sin embargo, ésta vea aplicado su contenido en el mismo, porque contenga una norma paralela a otra contenida en un Tratado de Derecho Comunitario originario, consiguiéndose el objetivo perseguido por la directiva aplicando el contenido que se corresponde con el Tratado. Puede suceder también, ante la falta de tal norma interna y sin que se dé la circunstancia anterior, que la directiva pueda tener eficacia directa porque exista una disposición interna que entre en contradicción con la misma, consiguiéndose así dejar sin efecto esa norma interna, en colisión con la norma comunitaria, y en la medida en que la directiva sea idónea para definir derechos que los contribuyentes pueden alegar frente al Estado. De esta forma lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo en su Sentencia de 19 de enero de 1982, Asunto 8/81, Sentencia que ha tenido un gran predicamento en materia tributaria. Sobre la posible eficacia directa de las directivas de armonización fiscal, véase A. CAYÓN GALLARDO, R. FALCÓN Y TELLA., F. DE LA HUCHA CELADOR, *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema tributario español: Incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, págs. 668 a 672.

¹¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1986, pág. 700.

34. Entonces, el Derecho Comunitario Tributario ¿es Derecho Internacional Tributario o Derecho Tributario Internacional? Su mencionado origen internacional nos lleva a incluirlo en el Derecho Internacional Tributario.

35. Muchísimas veces se habla de Derecho interno para hacer referencia al Derecho de origen nacional en comparación u oposición con el Derecho Comunitario. A nuestro entender, sería más correcto, en base a las observaciones realizadas *supra*, hablar de Derecho de origen interno para hacer referencia a aquél. Pero, de todos modos, en la práctica habitual, como decimos, los términos “Derecho interno” son utilizados muchas veces para hacer referencia de manera ágil al origen interno de las normas a las que se alude.

36. De otro lado, podemos fijarnos en que los límites internacionales al Poder del Estado sobre su territorio en algunos casos son en el fondo supuestos de autolimitación del Poder del mismo Estado. Piénsese en los tratados internacionales, que parten del consentimiento de los Estados. El Derecho Comunitario derivado encuentra su fundamento en el Derecho Comunitario originario, compuesto, este último, por tratados y acuerdos internacionales. A ello hay que unir el dato de los actos normativos de Derecho Comunitario derivado que estén sometidos a su aprobación por unanimidad en el Consejo, entre los que hay que destacar el núcleo esencial de la armonización fiscal comunitaria. Así, el Derecho Internacional Tributario en su mayor parte representa en sustancia una autolimitación del Poder del Estado, dejando a salvo ciertos supuestos, como son los relativos a los límites que proceden del Derecho Internacional General.

37. El Derecho Internacional Tributario podría ser considerado una rama del Derecho Internacional Financiero¹², del mismo modo en que en el ámbito estatal el Derecho Tributario representa una rama del Derecho Financiero. En el Derecho Internacional Financiero sí se podría incluir la problemática jurídica de las contribuciones financieras de los Estados a las organizaciones internacionales. Éstas no se pueden incluir en el Derecho Internacional Tributario, dado que no tienen naturaleza tributaria, pero, en cuanto elementos de la financiación de las organizaciones internacionales, su regulación formaría parte del Derecho Internacional Financiero.

38. De otro lado, en función de la vigencia del principio de legalidad en materia tributaria y la reserva de ley en esta materia, como plasmación de aquel principio, el Derecho Tributario está contenido principalmente en leyes. A la luz de ello, tradicionalmente se ha apuntado la escasa eficacia práctica de los Principios Generales del Derecho por sí mismos como fuente del Derecho Tributario, es decir, como principios que se puedan deducir de las distintas regulaciones, sin estar expresamente recogidos en la ley o consagrados en la Constitución, pues, en estos casos, se convierten en norma expresa escrita y su valor no se da ya en cuanto tales principios, sino en función del rango del texto normativo en que se recogen expresamente. También en función de lo apuntado, se suele negar virtualidad a la costumbre dentro de las fuentes del Derecho Tributario. Pues bien, en el ámbito del Derecho Internacional Tributario sí se puede encontrar cierta incidencia de la costumbre y de los Principios Generales del Derecho como fuentes del mismo¹³, si bien se trata de una incidencia bastante reducida, si la comparamos con la amplitud, proliferación y desarrollo de otros tipos de fuentes del Derecho Internacional. Obviamente, esto no justifica el olvido de tales costumbres y Principios Generales del Derecho.

39. Con respecto al Derecho Internacional Tributario, las ramas que han sido más estudiadas son el Derecho Internacional Convencional, es decir, aquella rama compuesta por convenios internacionales, y el Derecho Comunitario Europeo. Esto resulta lógico, si se tiene en cuenta que se trata de los dos ámbitos normativos internacionales que mayor incidencia tienen en la práctica limitando o condicionan-

¹² Este concepto lo podemos encontrar en F. SAINZ DE BUJANDA, *Un esquema de Derecho Internacional Financiero*, Discurso de investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Granada, Publicación de la Universidad de Granada, 1983.

¹³ Pensemos, por ejemplo, en el régimen fiscal de las misiones diplomáticas extranjeras y del personal adscrito a las mismas.

do el Poder Tributario de los Estados. Pero junto a esas dos ramas del Derecho Internacional, también incide en materia tributaria el Derecho Internacional General, si bien de una forma mucho más reducida en la práctica que el Derecho Internacional Convencional y que el Derecho Comunitario Europeo. Quizás por ello el estudio de aquella rama por la doctrina ha sido mucho menor que el de estas otras dos. Pero la incidencia del Derecho Internacional General en materia tributaria es la más obvia y esencial, encontrándose en la base de la construcción de la fiscalidad internacional. Esta incidencia se da sobre todo en relación a la eficacia de la ley tributaria en el espacio, si bien también puede tener algún alcance con respecto a la extensión de la ley. Por ello, creemos que no se debe descuidar tanto, al contrario de lo que se ha venido haciendo por la doctrina, el estudio de la incidencia del Derecho Internacional General en materia tributaria, debiendo fomentarse el desarrollo de los análisis relativos a éste dentro del Derecho Internacional Tributario.

V. La soberanía como idea central

40. Ha habido autores que han definido y analizado la “soberanía fiscal” desde la perspectiva del fenómeno tributario internacional. Es decir, han estudiado ese concepto a la vista de la confluencia de los Poderes Tributarios de diversos Estados sobre manifestaciones de riqueza que sobrepasan los límites territoriales de éstos, entrando así en relación estas manifestaciones con los Poderes Tributarios de diversos Estados, y, de otro lado, tomando en consideración que los Estados buscan la cooperación de otros Estados para hacer efectivas sus pretensiones tributarias, dada la movilidad de sus contribuyentes y de los patrimonios de éstos.

41. Señala BÜHLER que, en principio, la soberanía no tiene en el Derecho Tributario un significado distinto del que tiene en otras ramas del Ordenamiento jurídico, significado que consistiría en la facultad total y exclusiva de un Estado para desarrollar, a través de la propia voluntad manifestada frente al resto de los Estados, la competencia única que le asiste para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro de su ámbito de poder territorial¹⁴. Señala BORRÁS RODRÍGUEZ que la manifestación de la soberanía que denomina “soberanía fiscal” constituye “el poder de dictar un sistema de impuestos, sea por vía legislativa o reglamentaria, que posea una autonomía técnica en relación con los sistemas susceptibles de entrar en concurrencia con él, ejerciendo tal soberanía dentro de su ámbito de competencia territorial”¹⁵.

42. Dentro de este ámbito, GARBARINO¹⁶ hace una detallada delimitación sistemática del problema de la soberanía. Su posición la expresa señalando que allí donde se proceda a considerar la soberanía del Estado en materia tributaria en un contexto internacional, es decir, en una situación de coexistencia de más Estados titulares de una soberanía originaria y, así pues, poseedores de un ilimitado Poder impositivo, es oportuno distinguir dos conceptos generales de los que se puedan desprender consideraciones de naturaleza más estrictamente tributaria: serían, de un lado, la soberanía entendida como Poder impositivo preeminente sobre cualquier otro Poder y que se desenvuelve dentro del ámbito territorial del ordenamiento estatal; y, de otro, la soberanía entendida como independencia del Estado, destinada a desenvolverse dentro del ámbito de la Comunidad internacional, compuesta de más Estados soberanos, dotados de Poder impositivo originario. Señala este autor que, mientras desde una perspectiva interna el Poder soberano de imposición implica una supremacía del sujeto activo titular de tal Poder (el Estado) con respecto a los sujetos pasivos, desde una perspectiva externa e internacional, por el contrario, no se puede dejar de destacar que los Poderes impositivos soberanos estatales conviven en un ordenamiento de tipo paritario, cual es el ordenamiento internacional. Señala que en el contexto exclusivamente interno y estatal las normas impositivas, a través de las cuales se despliega el Poder Tributario, traen

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 173.

¹⁵ *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Universidad de Barcelona, Secretariado de publicaciones, intercambio científico y extensión universitaria, Barcelona, 1971, pág. 3. En la misma línea, véase V. GONZÁLEZ POVEDA: *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1989, págs. 3 a 6.

¹⁶ Cfr. C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, CEDAM, Padova, 1990, págs. 96 a 99.

su validez directamente del ordenamiento jurídico estatal que se configura como soberano, y que en el ámbito del ordenamiento internacional, por el contrario, no se reconoce ningún Poder impositivo que se despliegue directamente sobre los Estados o sobre los ciudadanos de éstos.

43. Continúa GARBARINO su exposición señalando que mediante la adopción de esta doble perspectiva de investigación, que procede de los fundamentos de la soberanía de un Estado para llegar a las modalidades con que interaccionan las expresiones de la soberanía de más Estados, se reaniman dos aspectos interconexos del problema que aquí se debate: la dimensión exclusivamente interna y la dimensión externa de la soberanía. Así, destaca este autor que la soberanía del Estado –entendida en su aspecto de Poder Tributario soberano– bajo el perfil interno es el modo en el que se manifiesta el carácter autoritario del ordenamiento interno del Estado en relación a los sujetos a él sometidos, mientras, bajo el perfil externo la soberanía se inserta en el ejercicio de una plena capacidad de Derecho Internacional del Estado en materia impositiva en relación con los otros Estados.

44. En la base de la construcción de GARBARINO se encuentra la consideración de que la soberanía tributaria es una *species* del amplio *genus* constituido por los poderes que son los atributos de la soberanía del Estado. En particular, señala este autor que la soberanía se manifiesta en el poder del Estado para perseguir una política fiscal nacional que se expresa mediante normas que tienen por objeto presupuestos de hecho con elementos de extranjería. Añade que la soberanía es el fundamento sobre el que el Estado procede a desarrollar las relaciones fiscales con los otros Estados.

45. Destacaba SAINZ DE BUJANDA que un Estado en Europa no puede jugar un papel de protagonista en la Historia porque le falta el poder para hacerlo, y le falta poder político, poder económico y poder militar; así, “ni sus fines ni sus propios medios le permiten vivir con mínima autonomía”¹⁷.

46. Los Estados europeos han sentido la necesidad de proceder a una integración económica que camine hacia una más profunda integración política. El proceso de integración europea recibió un gran impulso con el Tratado de la Unión Europea, integración que se intentó reforzar con el fracasado Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y, posteriormente, con el Tratado de Lisboa. La creación de las Comunidades Europeas supuso el nacimiento de un sistema de poderes cuyas relaciones con los Estados son diferentes de las que se dan con las organizaciones internacionales de simple cooperación. La Unión Europea se presenta como organización de integración, y la presencia de este tipo de organización altera de manera tal el poder que las organizaciones internacionales venían ejerciendo sobre los Estados, que también la doctrina ha reconocido una influencia de este fenómeno en el concepto y concepción tradicionales de la soberanía¹⁸.

47. Por lo que respecta a la fiscalidad de la Unión Europea, CONSTANTINESCO señalaba que toda armonización tributaria en las Comunidades Europeas llevaba necesariamente a una limitación, por reducida que ésta sea, de la “soberanía impositiva” de los Estados miembros, produciéndose así una intervención en la libertad política de éstos¹⁹. Pero aquí no debemos olvidar la perspectiva general del fenómeno comunitario, y desde este punto de vista ADONNINO destacaba cómo con la adhesión a las Comunidades (hoy es más correcto hablar de Unión Europea) la soberanía de los Estados resulta limitada en algunos sectores, pero lo es en virtud de un proceso de autolimitación, constitucionalmente legítimo²⁰.

¹⁷ De esta forma se manifestaba F.SAINZ DE BUJANDA en el Prólogo a la obra de D. MARTÍNEZ MARTÍNEZ *El Sistema financiero de las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, pág. XII.

¹⁸ Véase C. M. GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, Vol. I, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 282.

¹⁹ “La problemática tributaria de la Comunidad Económica Europea”, en *Hacienda Pública Española*, núm. 57, 1979, pág. 164. Referencias a que la soberanía de los Estados se ve afectada por la armonización fiscal, se pueden encontrar también en C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Sistema tributario español y comparado*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 927, y G. CASADO OLLERO, “Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado de la C.E.E.”, en *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, segunda edición, Ediciones TAT, Granada, 1987, pág. 60.

²⁰ “Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità”, en la *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, núm. 1, 1993, pág. 65.

48. Para TRUYOL Y SERRA la soberanía no es algo constituido por un elemento unitario que abarca e incluye todo; en concreto señala este autor la necesidad de superar la concepción que presenta la soberanía como monolítica, destacando que ésta no es un poder omnímmodo de decisión; la existencia de un Derecho Internacional supone un concepto limitado de la soberanía, y el aumento de la dependencia entre los pueblos hace que de hecho se vea reducido su alcance efectivo. Señala también la conveniencia de abandonar los temores y mitos que se dan con respecto a la relación entre la soberanía y la supranacionalidad; y así con las Comunidades Europeas los Estados, más que ver limitadas sus soberanías, las ponían en común, delegando en el poder de las Comunidades solamente las facultades necesarias para la eficaz gestión de los asuntos comunes²¹.

49. Fijándose en el paso de las concepciones tradicionales de la soberanía como idea unitaria, no susceptible de limitaciones y tampoco de ser descompuesta, a una concepción que la ve como una suma de facultades susceptible de ser dividida en sus diversos componentes, ABAD FERNÁNDEZ destaca cómo ello hace que se acepte la posibilidad de que el Estado pueda transferir alguna de sus facultades a una entidad supranacional; y señala este autor que una de las parcelas de la soberanía es la del Poder Financiero²².

50. Frente a lo discutida que es la validez del concepto de soberanía en relación al Poder Tributario en el plano interno, dicho concepto conserva una determinada virtualidad en relación al fenómeno tributario internacional. Está claro que la soberanía no se puede presentar hoy como el fundamento directo del Poder Tributario. El pueblo, titular de la soberanía popular, aprueba la Constitución y en ésta establece cuáles son las condiciones y límites en que los poderes del Estado pueden actuar en materia tributaria. Así pues, el fundamento jurídico directo del Poder Tributario reside en la Constitución.

51. Pero en la delimitación del Estado como sujeto de Derecho Internacional, la soberanía se presenta como uno de sus elementos esenciales; esto sirve para definir los poderes del Estado sobre el territorio, excluyendo las intervenciones exteriores que podrían afectar a la vida independiente del Estado, y, así, también los actos que puedan tener carácter tributario. Pero también la soberanía, como elemento del Estado en cuanto sujeto de Derecho Internacional, ha cambiado, no concibiéndose hoy como algo ilimitable e indivisible, sino pudiéndose distinguir dentro de ella una diversidad de competencias. Individualizadas éstas, el propio Estado puede decidir la atribución del ejercicio de algunas de ellas a una entidad supranacional. Esto explica que los Estados hayan podido atribuir a la Unión Europea el ejercicio de competencias derivadas de sus Constituciones y, de entre éstas, el ejercicio de competencias en materia tributaria. Esto rompe con las concepciones de la soberanía del Estado como algo indivisible.

52. Un elemento esencial del Estado es su soberanía, elemento también llamado hoy independencia. La soberanía supone que el Estado ejercita su actividad en las relaciones internacionales por su propio poder y no por el de otro sujeto de Derecho Internacional, y por esto puede actuar directa e inmediatamente sobre todos los elementos que forman el Estado²³.

53. Señala MONACO que “la soberanía de los Estados no es otro que un concepto que corresponde a una situación de superioridad de los Estados mismos en relación a las sociedades humanas por ellos respectivamente controladas y dirigidas, y no a una posición de superioridad de los Estados respecto a otros Estados de la comunidad internacional”²⁴. De otro lado, destaca GARELLI que “el ejercicio de la soberanía incluye la exclusividad del territorio sobre el cual ella se despliega”; para este autor “la terri-

²¹ *La Integración Europea. Idea y realidad*, Tecnos, Madrid, 1972, pág. 66.

²² “El Poder Financiero de las Comunidades Europeas”, en *Estudios de Derecho internacional público y privado en homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, Tomo I, Universidad de Oviedo, 1970, págs. 452 y 453.

²³ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, octava edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 196.

²⁴ R. MONACO, “Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale”, en *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, pág. 370.

torialidad de la soberanía” se presenta como “canon inconcuso de derecho, para asegurar la eficacia de las actuaciones de los particulares Estados”²⁵.

54. Ha puesto de manifiesto DÍEZ DE VELASCO que la soberanía no se concibe hoy como un todo indivisible; la soberanía se ve hoy día como un conjunto de atribuciones y competencias. Y entre las competencias ejercitadas por el Estado se pueden encontrar competencias de carácter territorial, que hacen referencia a las cosas que se encuentran dentro de su territorio y a los hechos que en éste acaezcan, y competencias de carácter personal, que se refieren a las personas que habitan en territorio estatal, sean nacionales o extranjeros, o a personas determinadas, con independencia del hecho de que se encuentren o no en el territorio del Estado²⁶.

55. Vinculado a la idea de soberanía, en cuanto al contenido del poder territorial del Estado²⁷, tal poder no se concreta en un derecho sobre el territorio, sino que se manifiesta como un aspecto o comportamiento del poder general soberano del Estado mismo, que tiene por título un derecho sobre o para un territorio, pero que no tiene por objeto el territorio mismo, en cuanto el poder general soberano del Estado se desarrolla frente a todos los sujetos y a todas las cosas que se encuentran sobre un territorio. El territorio, pues, es objeto directo o indirecto del Derecho del Estado a él relativo, pero al mismo tiempo se presenta como el ámbito de extensión del poder territorial, o sea, el espacio dentro del cual el mismo se ejercita establemente. El poder territorial del Estado se comporta de modo diverso según que sea considerado al interno del ordenamiento estatal, o bien desde la perspectiva del ámbito internacional.

56. Desde la primera perspectiva señalada, debemos tener en cuenta el hecho de que el Estado, en su interior, en base a la soberanía que le es propia, pueda ejercitar una plena autoridad sobre todas las personas y cosas que en el mismo se encuentren, persiguiendo fines de interés general, lo que tiene como consecuencia que las normas de los ordenamientos extranjeros puedan encontrar en el mismo eficacia sólo en cuanto una norma del ordenamiento estatal reenvíe a las mismas, atribuyendo, por regla general, la aplicación de éstas a órganos propios.

57. Tomando en consideración la distinción entre el poder sobre las personas y sobre las cosas, con referencia a las primeras el poder territorial soberano del Estado encuentra una clara manifestación en la sujeción del extranjero que se encuentre en su territorio a las leyes de tal Estado. De otro lado, el Estado puede dar asilo a un extranjero en su territorio en los casos previstos por el Ordenamiento jurídico, sustrayéndolo así, en base a su propio poder soberano, a los poderes que corresponden a otro Estado sobre su persona. Por otra parte, el Estado, en el ejercicio de su poder territorial, puede también expulsar de su propio territorio a extranjeros o apátridas que no le resulten aceptables, o bien puede impedir que entren en su territorio.

58. Por otra parte, en cuanto a la actuación del poder territorial del Estado sobre las cosas, tal poder consiente a éste establecer la disciplina jurídica de las mismas y de las relaciones de que son objeto, así como disponer de las mismas en los casos y forma establecidos por su Ordenamiento jurídico, haciendo uso, por ejemplo, de procedimientos de expropiación, sin perjuicio de las correspondientes indemnizaciones previstas por la ley. De otro lado, el Estado puede igualmente impedir la entrada en su territorio de mercancías, publicaciones y otro tipo de géneros procedentes del extranjero, basándose en motivaciones de diversa índole, que pueden ir desde razones de tipo sanitario a motivos de orden público.

59. En cuanto al contenido del poder territorial del Estado en el ámbito internacional, este poder se presenta como un poder natural al Estado, que propiamente no deriva al mismo del Derecho

²⁵ A. GARELLI, *Il Diritto Internazionale Tributario. Parte Generale. La Scienza della Finanza Internazionale Tributaria*, Roux Frassati e C^o, Torino, 1899, pág. 14.

²⁶ Cfr. M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, pág. 299.

²⁷ Nos guiamos aquí por la descripción que del mismo hace BISCARETTI DI RUFFIA (“Territorio dello Stato”, en la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, págs. 336 y 337).

Internacional, sino que se presenta más bien como un presupuesto de hecho, sobre cuya base todo Estado puede pretender que otros Estados se abstengan de penetrar y de actuar en su territorio. Esto trae consigo, sin embargo, la consecuencia de que el Estado mismo deviene responsable de todo cuanto suceda en su territorio.

60. Todo Estado como titular de un específico derecho a la propia soberanía territorial en relación a los otros sujetos de Derecho Internacional, que se plasma en el derecho a no ser impedido del ejercicio de sus poderes en su propio territorio y a no sufrir mermas en tal ejercicio, dándose así el derecho a la integridad y a la intangibilidad territorial del Estado, no pudiéndose dar la injerencia de Estados extranjeros. Junto a esto se da el derecho del Estado a repeler, con los medios de autotutela admitidos por el Derecho Internacional, todo acto de violación del propio territorio y de la propia soberanía territorial, el llamado “*ius excludendi alios*”. De todo esto deriva una responsabilidad de Derecho Internacional para los Estados que violen el territorio extranjero. La sanción, cuando se incurre en tal responsabilidad, viene constituida por los actos de autotutela a que puede recurrir el Estado que ve su territorio violado o seriamente amenazado de violación, y por los otros medios de garantía de la soberanía territorial previstos en los tratados internacionales.

61. Si nos fijásemos en la composición del territorio del Estado, podríamos ver cómo éste no se compone solamente de tierra firme, sino que existen además, junto a ésta, otros componentes. Además existen elementos territoriales de una más compleja calificación y condición jurídica. Entre estos elementos estaría la plataforma continental. Haciendo referencia a este elemento y a la vista de la Convención de Ginebra de 1958, AZCÁRRAGA ha señalado que sobre ella el Estado al que corresponde no ejercita su “soberanía”, sino “derechos soberanos” a efectos de su explotación y de la utilización de sus recursos naturales, derechos caracterizados por las notas de ser exclusivos, independientes de su ocupación ficticia o efectiva y no existe necesidad ni siquiera de proclamarlos²⁸. Por otra parte, estos derechos son denominados en el artículo 77.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, “derechos de soberanía”. De otro lado, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ destaca que entre la zona de plena soberanía y las zonas libres existen en el mar zonas sin soberanía plena, donde los Estados ejercitan diversas competencias²⁹.

62. Entre los diversos poderes del Estado encontramos el poder legislativo. Así pues, debemos analizar cuál pueda ser la relación entre el poder legislativo y el poder soberano del Estado sobre el territorio.

63. El principio de territorialidad del Derecho encuentra sus orígenes conceptuales cuando se verifica –desde el final del siglo XII hasta la Paz de Westfalia en 1648– el paso del Estado de asociación de personas al Estado institucional de superficie que señala el inicio de la era moderna. Este cambio encuentra aplicación práctica cuando el territorio del Estado asume importancia como espacio independiente, señalando el alcance de la eficacia del ordenamiento estatal, y junto a esto, cuando los teóricos del Estado tienen como evidente que la existencia del Estado depende necesariamente de un determinado territorio. En este proceso, el poder que primero se acumulaba en el Papado y en el Imperio y luego en las señorías y en los municipios feudales, se concentra en los entes territoriales y autónomos que se presentarán como lo que hoy conocemos como Estados. La autonomía de éstos adquiere una importancia tal en la teoría del Estado que hará que se presente como elemento esencial de éste su soberanía territorial. La territorialidad de la ley se presenta como una inmediata consecuencia de la fuerza con la que se ha impuesto en la conciencia jurídica del Derecho europeo la idea de soberanía territorial³⁰.

²⁸ En base a esto, el Estado podrá ejercitar sobre la plataforma continental sus poderes en materia tributaria (J.L. DE AZCÁRRAGA, “El concepto de plataforma continental ante el Derecho Tributario”, en *XX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Relaciones Fiscales Internacionales*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1973, págs. 780 a 783).

²⁹ Cfr. F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “El ámbito espacial de aplicación de los impuestos españoles sobre el consumo”, en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 64, 1989, pág. 532.

³⁰ Cfr. C. SACCHETTO, “Territorialità (diritto tributario)”, en la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, págs. 307 a 309.

64. Pero el principio de territorialidad comenzará su mutación y también su declive con el cambio en la concepción del Estado. Se desarrolló en el Derecho internacional privado la nueva concepción del Estado como Estado-nación surgido con la Revolución francesa, que se manifiesta en la exaltación de la soberanía popular en oposición al precedente absolutismo monárquico. Así las leyes no encontrarán solamente el punto de conexión con el Estado en la realización de un presupuesto de hecho en su territorio, sino que se comenzará a distinguir también una pertenencia personal al Estado de los sujetos, de manera que las leyes de éste puedan vincular a sus nacionales también por los hechos realizados en el extranjero. Con todo ello, el territorio continúa siendo base y elemento esencial del Estado. En esta evolución del principio de territorialidad, las dos fundamentales objeciones puestas a este principio son, de un lado, que la delimitación territorial del poder normativo estatal no es un principio imperativo, en cuanto la disciplina jurídica de los hechos verificados en el extranjero no comporta necesariamente la violación del territorio extranjero y, de otro, que el concepto de “territorialidad” es tan indeterminado que es imposible derivar de él concretas consecuencias jurídicas³¹.

65. Pero, ¿el poder legislativo se puede considerar como una manifestación del poder del Estado sobre el territorio? El presupuesto de hecho de las normas jurídicas no siempre consiste en situaciones producidas en el territorio del Estado que crea la norma. Las leyes de un Estado se pueden aplicar, como sucede a través de las normas de conflicto de Derecho internacional privado, a hechos acaecidos en el extranjero pero vinculados con el Estado a través de un vínculo de nacionalidad de los sujetos intervinientes en la correspondiente situación. Así encontramos casos de hechos producidos en un Estado relativos a sujetos de otro Estado y que son regulados por la ley de este último. Entonces, ¿estos casos implicarían que el poder de crear normas jurídicas no es una manifestación del poder territorial?

66. En relación a las normas jurídicas, en el Estado se pueden encontrar el poder de su creación y el poder de su aplicación. Su aplicación se presenta, sin duda, como una manifestación del poder soberano del Estado sobre su territorio. Si un Estado aplica una decisión de poder en territorio extranjero, en principio, estaría violando el Derecho Internacional. La aplicación de decisiones de poder en territorio extranjero sólo se puede dar en el marco de la cooperación internacional entre Estados. El Estado en cuyo territorio se aplica una medida de poder, ha tenido que aplicarla él mismo o haber dado su consentimiento para su aplicación por órganos de otro Estado.

67. Si pensamos en el poder de creación normativa, y en relación a los casos conflictivos mencionados *supra*, debemos tener presente que si un Estado decide, a través de sus normas de conflicto, que sus leyes se apliquen a sus nacionales por hechos acaecidos en el extranjero, lo está decidiendo en normas –las mencionadas normas de conflicto– a aplicar sobre el propio territorio (*lex fori*), que toman como presupuesto la existencia de un conflicto de Derecho presentado ante sus órganos. Y cuando en base a las normas de conflicto de un Estado se debe dar aplicación a los nacionales de otro Estado de la ley de su Estado aunque por hechos no acaecidos en el territorio de éste, el fundamento de esta aplicación normativa se encuentra en el poder del Estado en el que se aplica.

68. Además, cuando un Estado toma como presupuesto de hecho de normas suyas que no sean de conflicto, sino normas materiales, hechos no acaecidos en su territorio relativos a sus nacionales, está de todas formas estableciendo en estas normas unas consecuencias jurídicas a aplicar sobre el propio territorio. Son normas en las que el presupuesto de hecho toma en consideración el elemento extranjero y que son creadas por el Estado pensando en su aplicación en su territorio por sus órganos.

69. En el poder de crear normas no se puede pensar sin la existencia de un Ordenamiento jurídico; en un Ordenamiento jurídico no se puede pensar sin un Estado, porque las normas de los entes territoriales inferiores que se forman dentro del territorio estatal se integran en el ordenamiento del Estado y los ordenamientos de las organizaciones supranacionales encuentran aplicación en los Estados porque

³¹ Cfr. C.SACCHETTO, *ob. cit.*, págs. 309 y 310.

éstos han dado su consentimiento para ello; y un Estado no puede existir sin territorio, dado que éste es un elemento esencial para ello. Y no se puede pensar en un Ordenamiento jurídico sin pensar en la aplicación de sus normas, pensando solamente en la creación de éstas, porque sería un sistema inservible en cuanto que no podría ser eficaz. Así, no se puede disociar tampoco el poder de creación normativa del Estado de su poder sobre el territorio.

70. Señalaba SAINZ DE BUJANDA que los casos en que un Estado pierde la soberanía sobre una parte de su territorio por un acuerdo internacional o por simple ocupación material, son casos donde el Estado ocupante puede declarar la invalidez o la ineficacia de las leyes del precedente Estado³². Esto nos hace ver hasta qué punto el poder de creación normativa se une necesariamente al poder soberano del Estado sobre el territorio.

VI. La posible toma en consideración de la idea de justicia tributaria desde la perspectiva de las relaciones fiscales internacionales: la disciplina europea

71. Partiendo de una defensa de la evolución de la integración europea, la adhesión de un Estado a la Unión Europea no puede provocar nunca una merma en los derechos fundamentales de sus ciudadanos, pues ello supondría una involución en el Derecho, contraria a la evolución constitucional de los Estados desarrollados y, así, de los Estados europeos. El ejercicio de competencias comunitarias al margen de las Constituciones nacionales o, si se quiere, la supremacía del Derecho de la Unión Europea sobre éstas, nunca debería menoscabar los derechos fundamentales, incluso en su contemplación más amplia. El mismo proceso de evolución normativa dentro de la Unión Europea, sea por vía de reconocimiento jurisprudencial, sea por vía de sus textos de Derecho Originario, deja ver una tendencia en tal sentido, que debe ser el criterio interpretativo inspirador de la resolución de cualquier problema puntual al respecto.

72. Junto a ello, los derechos fundamentales alcanzan una dimensión europea y mundial, más allá de la Unión Europea y de las Constituciones nacionales, que nos sitúa en un terreno en el que sólo se puede ir hacia delante y nunca hacia atrás. Además, no hacerlo así, situaría a las Constituciones nacionales en una posición no muy acorde con el alcance con que la cesión de competencias a las instituciones de la Unión Europea se hace en el sentir o intención de los “pueblos” de Europa. La, aunque debilitada, existencia todavía del elemento soberanía lo impediría. El propio elemento soberanía podría ser todavía utilizado como criterio interpretativo al respecto, en atención al estado de evolución de la Comunidad Internacional y, más en concreto, del alcance de la integración europea.

73. Pero, no obstante, como decimos, la evolución en el reconocimiento de los derechos fundamentales en la disciplina jurídica de la Unión Europea debería ir haciendo que vayan desapareciendo o siendo cada vez menos tales problemas de colisión. Todo ello sin perjuicio de que la evolución en materia de derechos fundamentales es algo que nunca debe cesar, como nunca debe cesar la evolución del Derecho, abierta a las nuevas realidades.

74. Esta problemática se presentaría, pues, como un punto de partida esencial en la concreción de principios materiales de justicia tributaria a partir del Derecho originario de la Unión Europea, que puedan servir de límite a la actuación normativa de las instituciones de ésta en materia de armonización fiscal.

75. Bien es cierto que en los tiempos que corren en la Unión Europea, con una importante crisis en la zona euro, con una delicada situación de la deuda soberana de un gran número de Estados y con un horizonte de necesaria consolidación fiscal, buscando un déficit cero, no sería entendida como especialmente oportuna por los gobiernos de los Estados miembros cualquier medida que implicase un

³² Cfr. F.SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho Financiero*, octava edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1990, pág. 53.

límite a la cuantía de los impuestos, armonizados o no, como garantía o respeto a los derechos de los contribuyentes europeos. El principio de reducción del déficit público parece haber hecho olvidar los demás principios en materia financiera y tributaria, especialmente aquellos que actúen como garantía para el contribuyente. Pero se trata de principios de base constitucional³³ y a los que, como hemos visto, se les puede encontrar incluso amparo en el Derecho originario de la Unión Europea, con lo que necesariamente deben ser atendidos y respetados por los legisladores nacionales y por las instituciones de la Unión. Sólo partiendo de la concreción de estas bases de respeto jurídico se podrá pensar en avanzar con seguridad y fundamento en un mayor desarrollo de la armonización fiscal.

76. Así pues, mientras que no existan unos límites claros dentro del Derecho originario de la Unión Europea que puedan proteger a los contribuyentes, no se podrá construir sólidamente el desarrollo de la armonización fiscal. Esto sólo se podrá conseguir con una consagración expresa de los principios materiales de justicia tributaria en los Tratados de la Unión Europea, en una revisión de éstos, tan pretendida en materia financiera y tributaria a otros efectos. Entre el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dadas las funciones de cada uno de estos Tratados, habría que plantearse cuál de ellos representaría la ubicación más adecuada para una deseable futura consagración de los principios materiales de justicia tributaria, con proyección en materia de armonización fiscal y, como no podría ser de otro modo, también en sede de recursos propios de la Unión Europea. Teniendo en cuenta su contenido, bastaría con que tal consagración expresa de tales principios se realizase en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

77. Lo que no puede resultar nunca aceptable es que en materia financiera y tributaria el único principio al que se le dé virtualidad práctica desde las instituciones de la Unión Europea sea el principio de limitación del déficit, cuando esto se haga en detrimento de los principios materiales de justicia tributaria.

78. Bien es cierto que dentro de la disciplina jurídica de la Unión Europea no existe una consagración expresa de los principios materiales de justicia tributaria y, así, dentro del Derecho originario de aquélla no encontramos una contemplación directa del principio de capacidad económica, que pueda servir de límite al Derecho derivado, dentro del que quedan comprendidas las directivas de armonización fiscal. No obstante, de todos modos, no se puede desconocer que la dimensión constitucional del principio de capacidad económica en materia tributaria encuentra una contemplación generalizada en los Estados miembros de la Unión Europea.

79. De forma similar a determinadas construcciones constitucionales en algunos Estados miembros, la delimitación de principios materiales de justicia tributaria se puede realizar en parte partiendo de la consagración del derecho fundamental a la propiedad, derecho también contemplado expresamente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

80. Sin perjuicio de pronunciamientos anteriores del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya el Proyecto de Tratado por el que se quería establecer una denominada Constitución para Europa y que fue sustituido por el Tratado de Lisboa –que sacó de su texto el contenido de la citada Carta–, señalaba en el apartado 1 de su artículo II-77 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”.

81. De todas formas, un texto similar lo podemos encontrar contenido en el apartado 1 del artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, tanto en su versión 2000/C

³³ Como ya ponía de manifiesto F. BOSELLO, los principios constitucionales que inspiran la legislación tributaria de cada Estado miembro son sustancialmente los mismos (“Costituzioni e tributi negli Stati della Comunità economica europea”, en la *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, núm. 2, 1959, pág. 1513).

364/01, como en su versión 2007/C 303/01, proclamada solemnemente el 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa. De este modo, el contenido de la Carta intentaba incorporarse al fallido texto de Constitución Europea. De todas maneras, aunque no lo recoja ya expresamente, el Tratado de Lisboa hace una remisión expresa a dicha Carta.

82. Por otra parte, en el quinto párrafo del Preámbulo de dicha Carta se señala lo siguiente: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

83. Así, más allá de la disciplina de la Unión Europea, es necesario destacar que el Protocolo Adicional nº 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁴ establece en el primer párrafo de su artículo 1 que “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes”, disponiéndose a continuación de lo anterior que “nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional”. En el segundo párrafo de este mismo artículo se establece que “las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”. Este artículo 1 lleva por rúbrica “Protección de la propiedad”³⁵. El hecho de que se hable en este precepto al mismo tiempo de propiedad y de impuestos en modo alguno podría interpretarse en el sentido de que estos últimos pudiesen anular a aquélla, pues ello iría en contra del propio reconocimiento de la protección de la propiedad privada³⁶.

84. Al mismo tiempo, es necesario destacar que el Tratado de la Unión Europea ya estableció en el apartado 1 de su artículo 6 que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”, disponiéndose en el apartado 2 de este mismo artículo 6 que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. El apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, modificó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Tras dicha modificación, en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se pasó a establecer que “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. En el apartado 2 de esta nueva versión del artículo 6 se establece que “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Por último, en el apartado 3 de esta nueva versión del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se establece que “Los derechos

³⁴ Convenio contemplado en el Tratado de Lisboa, como tendremos ocasión de comprobar.

³⁵ Sobre el derecho de propiedad a la luz de este Convenio desde la perspectiva tributaria, véase F.PÉREZ ROYO, “El derecho de propiedad y la prohibición de discriminación en su disfrute como límites al poder tributario en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 109-110, 2001, págs. 23 y ss.

³⁶ Dentro de las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02), en el penúltimo párrafo de la explicación relativa al “derecho a la propiedad”, se señala que “este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepassarse las limitaciones previstas en este último”.

fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

85. En concreto, dentro de la problemática de los derechos fundamentales, en relación al derecho de propiedad, se puede partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 1979 (Asunto 44/79) y posteriormente, entre otras, se puede destacar la Sentencia del mismo Tribunal de 10 de julio de 2003 (Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00). En esta Sentencia se señala que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido”, añadiendo que “dentro de este contexto, el CEDH reviste un significado particular”. Se destaca en esta Sentencia, entre los derechos fundamentales así protegidos, el derecho de propiedad, señalándose en la misma que cabrían restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales siempre y cuando “no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos”.

86. Partiendo de esa consagración del derecho de propiedad en la disciplina jurídica de la Unión Europea, se puede realizar un desarrollo interpretativo de los principios materiales de justicia tributaria necesariamente también en sede de armonización fiscal en la Unión, que pueden ir desde el necesario respeto al principio de capacidad económica, a la prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria.

87. Pues bien, si en la delimitación de los principios materiales de justicia tributaria a nivel internacional partimos de la disciplina de los derechos fundamentales y éstos tienen una proyección mundial, más allá de la proyección europea, partir de la construcción propuesta en relación a la Unión Europea puede representar un interesante punto de partida en la dimensión internacional del fenómeno tributario en el contexto de la globalización.

VII. Selección de los elementos más significativos de la fiscalidad internacional

88. Dada la evolución del fenómeno tributario internacional, fruto del desarrollo del comercio y tráfico transnacionales, es necesario replantearse la virtualidad actual de la idea de soberanía en materia tributaria. Se ha discutido mucho sobre la validez del concepto de soberanía con respecto al Poder Tributario en el plano interno, habiéndose relativizado este concepto. Está claro que la soberanía no se puede presentar hoy como el fundamento directo del Poder Tributario. El pueblo, titular de la soberanía popular, aprueba la Constitución, y, así, en ésta establece cuáles son las condiciones y límites dentro de los cuales los poderes del Estado pueden actuar en materia tributaria. Así pues, el fundamento jurídico del Poder Tributario reside en la Constitución. Pero, en el plano internacional, en la consideración del Estado como sujeto de Derecho Internacional, la soberanía se presenta como uno de sus elementos esenciales. Esto sirve para definir los poderes del Estado sobre el territorio y sobre los sujetos vinculados al mismo, excluyendo las intervenciones extranjeras que pudiesen afectar a la vida independiente del Estado y, así también, los actos que puedan tener carácter tributario.

89. También la soberanía como elemento del Estado en cuanto sujeto de Derecho Internacional ha cambiado, no siendo concebida ya como algo ilimitable e indivisible, sino pudiéndose distinguir en su interior una diversidad de competencias. Individualizadas éstas, el Estado puede decidir la atribución del ejercicio de algunas de ellas a una entidad supranacional. Esto explica el porqué de que los Estados hayan podido atribuir a la Unión Europea el ejercicio de competencias derivadas de sus Constituciones, y, así, entre éstas, el ejercicio de competencias en materia tributaria. Esto rompe con las concepciones de la soberanía del Estado como algo indivisible.

90. En el Estado se pueden distinguir el poder de creación de las normas jurídicas y el poder de aplicación de las mismas. La aplicación de las normas jurídicas se presenta, sin lugar a dudas, como una manifestación del poder del Estado sobre su territorio. Un Estado podría adoptar una medida coactiva solamente sobre su propio territorio. Si un Estado aplicase una decisión expresión de poder en territorio extranjero, en principio, violaría el Derecho Internacional. La aplicación de decisiones expresión de poder sobre territorio extranjero se puede realizar solamente en el marco de la cooperación internacional entre Estados. El Estado en cuyo territorio se aplique una medida de poder, ha debido aplicarla él mismo o haber dado su consentimiento para su aplicación por órganos de otro Estado.

91. Acerca del interrogante de si el poder de crear normas jurídicas represente o no una manifestación del poder territorial, y teniendo en cuenta ciertos casos problemáticos que podrían hacer pensar en una respuesta negativa a tal pregunta, debemos tener presente que si un Estado decide a través de sus normas de conflicto que sus leyes se apliquen a sus ciudadanos por hechos acaecidos en el extranjero, lo está decidiendo a través de normas –las mencionadas normas de conflicto– a aplicar sobre su propio territorio, que tienen como presupuesto la existencia de un conflicto de Derecho presentado ante sus órganos. Y cuando en base a las normas de conflicto de un Estado se debe aplicar a los nacionales de otro Estado la ley de éste aunque por hechos no acaecidos en el territorio del mismo, el fundamento de esta aplicación normativa se encuentra en el poder del Estado en el que se aplica. No obstante, el ámbito de las normas de conflicto no abarca al Derecho Tributario, pero nos fijamos en las mismas, desde una perspectiva de contemplación general de la mecánica del Ordenamiento jurídico. Además, cuando un Estado toma como presupuesto de hecho de normas suyas que no sean de conflicto, sino normas materiales, hechos no acaecidos en su territorio relativos a sus nacionales, está, de todas formas, estableciendo en estas normas consecuencias jurídicas a aplicar sobre su propio territorio. Son normas en las que el presupuesto de hecho toma en consideración el elemento extranjero y que son creadas por el Estado pensando en su aplicación en su propio territorio por parte de sus órganos.

92. No se puede pensar en el poder de crear normas jurídicas sin considerar la existencia de un ordenamiento jurídico; no se puede pensar en un ordenamiento jurídico sin un Estado, teniendo en cuenta que las normas de los entes territoriales menores que se forman dentro del territorio estatal se integran en el ordenamiento del Estado y que los ordenamientos de las organizaciones supranacionales encuentran aplicación en los Estados porque éstos han dado su propio consentimiento a la adhesión a las mismas en tales términos; y un Estado no puede existir sin territorio, visto que éste es uno de sus elementos esenciales. Y no se puede pensar en un ordenamiento jurídico sin pensar en la aplicación de sus normas, pensando solamente en la creación de éstas, porque sería un sistema inservible, en cuanto no podría ser eficaz. Así, no se puede tampoco desvincular el poder de creación normativa del Estado del poder de éste sobre su territorio.

93. Para la existencia de un tributo es necesario que éste sea creado por un ente que tenga el poder para ello. Pero después, para hacerlo efectivo son necesarios órganos de la Administración que tengan las potestades para gestionarlo y recaudarlo. Es este doble aspecto de la vida del tributo –su creación normativa y su aplicación– lo que nos sirve para delimitar el contenido del Poder Tributario.

94. Hoy se someten a tributación manifestaciones de riqueza no situadas en el territorio del Estado; estas manifestaciones corresponden a sujetos residentes en el territorio del Estado impositor, caso en el que ya encontramos una conexión del sujeto con el territorio basada en la misma residencia, o bien, y más raramente, a sus nacionales aunque no sean allí residentes; bien es cierto que en este último caso la conexión del sujeto con el territorio no es igual a la de un residente. El nacional tiene sin duda una relación personal con el Estado, pero tiene también una conexión potencial con su territorio, en cuanto tiene la posibilidad, en principio, de reintegrarse en el mismo cuando quiera; y tiene una relación potencial con los servicios públicos que en el territorio se prestan o que tienen en éste su base. Y tiene también un interés en la existencia de su Estado y también, por tanto, en su territorio. Es, pues, lógico que se le pueda obligar a contribuir a la financiación de los servicios públicos conectados con el terri-

torio de su Estado. Es cierto que, en este caso, de importancia marginal sin duda en los ordenamientos tributarios contemporáneos, el nacional tiene una relación eminentemente personal con el Estado, pero no se puede considerar del todo extraño con respecto al territorio de su Estado. Así, este caso de escasa eficacia práctica, no nos puede hacer pensar que el poder de creación normativa tributaria no tenga ninguna conexión con el poder del Estado sobre el territorio. Esta conexión existe siempre, aunque en mayor o menor medida, y aquí debemos tener en cuenta las consideraciones hechas *supra*, hablando del Derecho en general. Piénsese en el hecho de que un Estado crea un tributo con la finalidad de hacerlo eficaz, y esta eficacia, en principio, se circunscribe a su territorio, teniendo así el poder de hacer efectivas las leyes tributarias un claro fundamento en el poder del Estado sobre el territorio.

95. Así pues, el poder normativo tributario del Estado tiene un vínculo con su territorio en base a una serie de razones: en primer lugar, porque los puntos de conexión con el Poder Tributario del Estado se presentan, en general, como puntos de conexión –objetivos o subjetivos– con el territorio de éste, teniendo normalmente carácter territorial y no puramente personal; en segundo lugar, porque los gastos públicos, a cuya financiación van destinados los tributos –que en base a un deber de solidaridad tributaria deben pagar los contribuyentes–, se realizan en relación con servicios públicos que se prestan fundamentalmente en territorio estatal, y con respecto a los cuales los nacionales, aunque residentes en el extranjero, tendrían al menos una relación potencial, como potencial y libre es, en principio, su relación con el territorio mismo de su propio Estado; y, por último, porque la racionalidad del ordenamiento jurídico-tributario exige que exista una coherencia entre el Poder de establecer tributos y el Poder de hacer efectiva la pretensión tributaria, teniendo este último como límite el territorio nacional.

96. Las normas tributarias nacen para que se haga efectivo su contenido. El Estado, por sí solo, puede hacer efectivo de manera coactiva el contenido de sus normas solamente sobre su propio territorio. Un poder de creación normativa sin un correlativo poder de aplicación coactiva de las normas se convertiría en un poder inútil. Así, el poder de creación normativa tributaria no se puede considerar desvinculado del territorio estatal.

97. Ante los planteamientos doctrinales sobre la utilización del concepto de territorialidad en Derecho Tributario, nosotros proponemos el uso de este concepto en materia tributaria en un doble sentido: de un lado, en sentido material y, del otro, en sentido formal. En el primer sentido citado la territorialidad se referiría a la delimitación de los puntos de conexión con el territorio del Estado impositor de las manifestaciones de riqueza sometidas a gravamen, esto es, del vínculo territorial que la norma tributaria prevé de la materia imponible. Bajo este sentido de la territorialidad, quedaría comprendida la problemática de la diversidad de los puntos de conexión con el territorio, sus límites jurídicos y las consideraciones metajurídicas que inciden en su elección normativa. Son éstas todas cuestiones que se refieren al ámbito de la creación normativa. De otro lado, se puede hablar de la territorialidad en sentido formal para hacer referencia a los problemas que derivan del hecho de que sobre el territorio de un Estado rige solamente su ley y no la de otro Estado, si no es a través de un mecanismo que encuentre su fundamento en el consentimiento del Estado titular del territorio. Con todo ello, quedarían comprendidos en la misma los problemas que derivan de la limitación que conlleva que un Estado pueda hacer efectivos sus propios actos de imperio para la aplicación de sus leyes tributarias solamente sobre su propio territorio y no sobre el de otro Estado si no existe el consentimiento de este último. Son, todos éstos, problemas que podrían incluirse en la territorialidad en sentido formal, problemas que encuentran el común denominador de afectar a la eficacia de la ley en el territorio, mientras la llamada extensión de la ley tributaria se movería en sede de territorialidad en sentido material del tributo.

98. En la discusión acerca del hecho de si, dentro del fenómeno tributario, la característica de la territorialidad deba ser referida al tributo, a la ley tributaria o bien al Poder Tributario, debemos tener en cuenta, en la dialéctica tributo *versus* ley tributaria, que el tributo es un instituto jurídico, en cuanto creado por la ley, y que su vida es la vida de lo que dispone la ley tributaria. Por ello, no encontramos en general gran problema en hacer referencia a la territorialidad como atributo del tributo o de la ley

tributaria. Y con respecto al Poder Tributario, debemos recordar el doble aspecto que en su análisis ha señalado la doctrina. De un lado, el plano del Poder legislativo en materia tributaria entraría plenamente en campo de territorialidad en sentido material, y al mismo se le aplicarían los posibles límites que puedan existir en sede de extensión de la ley tributaria en el espacio, y que así condicionarían los vínculos con el territorio presentes en la ley. Una vez realizada la creación normativa, en el planteamiento de los puntos de conexión existentes está claro que ante el Derecho positivo vigente, al cuestionarse lo que existe en una ley, no se deben olvidar los posibles límites al trabajo del legislador. Se podrá hablar de territorialidad para hacer referencia a un aspecto o a otro, según donde se fije nuestra mirada en ese momento, pero serán aspectos íntimamente vinculados, también en su consideración territorial. De otro lado, la evolución del concepto de Poder Tributario nos ha mostrado el aspecto del Poder para hacer efectivas las pretensiones tributarias del Estado; y en el desarrollo de este Poder por los órganos estatales, las limitaciones territoriales a las potestades de éstos encuentran su sede en el campo de la territorialidad en sentido formal. Todo ello nos muestra cómo se pueda hablar de territorialidad, con respecto al fenómeno tributario, para hacer referencia al tributo, a la ley tributaria y al Poder Tributario.

99. La solución al interrogante sobre si se deba admitir o no la residencia dentro del concepto de territorialidad encuentra, en primer lugar, la necesidad de determinar si se pueda hablar de territorialidad con respecto al sujeto pasivo o a cualquier otro elemento subjetivo. Desde una perspectiva amplia del concepto de territorialidad, no se presentaría ningún impedimento a tal admisión. Pero debemos recordar sobre todo que podríamos movernos no solamente en sede de sujeto pasivo, sino también en sede de elemento subjetivo del hecho imponible. Y si hoy la nacionalidad tuviese cierta relevancia como punto de conexión en Derecho Tributario, por contraposición a la misma, destacaría todavía más el aspecto territorial de la residencia. Pero aunque la residencia se puede considerar como una cualidad o condición de la persona, no existe la menor duda de que la residencia se define en relación al territorio. Por ello el concepto de residencia no puede ser separado del concepto de territorialidad en Derecho Tributario. Otra cosa es el hecho de que los criterios de conexión con el territorio que toma en consideración la ley tributaria son varios y distintos –y así, en primer lugar, se debe distinguir entre objetivos y subjetivos–, como varias y distintas se presentan las consecuencias jurídico-tributarias en cada caso.

100. De otro lado, la residencia se presenta en los sistemas tributarios contemporáneos como un punto de conexión que tiene una relevancia esencial en el gravamen sobre las rentas mundiales del sujeto pasivo, y sobre su patrimonio universal, en los sistemas donde existe un impuesto general sobre el patrimonio. Pero no solamente en materia de imposición directa tiene importancia la residencia, pudiendo tener también alguna incidencia en sede de impuestos indirectos.

101. La territorialidad en sentido material del tributo viene determinada por la conexión del hecho imponible y del sujeto pasivo con el territorio, conexión que además influye o puede influir en los elementos para la cuantificación de la deuda tributaria.

102. Además de la influencia que los factores territoriales pueden tener en materia de hecho imponible, de sujeto pasivo y sobre los elementos para la cuantificación de la deuda tributaria, tales factores pueden tener también influencia en la articulación jurídica del procedimiento de aplicación de los tributos.

103. Si los factores territoriales que rodean al tributo influyen en los elementos esenciales de éste, es lógico que también las características del tributo se vean afectadas por tales factores territoriales, dado que propiamente tales características derivan de cómo sean aquellos elementos.

104. Teóricamente, el Poder legislativo del Estado puede encontrar en relación a la extensión de la ley tributaria en el espacio una serie de límites, límites que podrían consistir en la obligatoriedad de adoptar el criterio de la territorialidad en la imposición de ciertas manifestaciones de riqueza o en el deber de seguir tal criterio en un cierto sentido o bien en una cierta medida, condicionando así la deli-

mitación de los puntos de conexión de la norma tributaria. Entre tales límites, se deben distinguir los de Derecho Internacional General, los de Derecho Internacional Convencional, los de Derecho de la Unión Europea y los de Derecho Constitucional.

105. Existen en los convenios internacionales para evitar la doble imposición posibles pruebas expresas de la inexistencia de normas de Derecho Internacional General que delimiten con carácter general deberes en materia de territorialidad en sentido material del tributo. Cuando estos convenios hacen referencia expresa a las normas de Derecho Internacional General en materia de tributación de los diplomáticos, muestran así el reconocimiento de la existencia de normas de aquel tipo en relación a la tributación de estos sujetos, pero no con respecto a la globalidad del fenómeno tributario internacional. Así, al menos se da la prueba de la no aceptación por parte de los Estados de la existencia de una norma de Derecho Internacional General que prohíba la doble imposición internacional.

106. El dato de que en el artículo 31 de la Constitución española se diga simplemente “todos”, sin más especificaciones, nos hace pensar que pueden ser titulares del deber previsto en este artículo tanto los nacionales como los extranjeros. Los nacionales están vinculados con el Estado por un vínculo de solidaridad política, pero también por un vínculo de solidaridad económica y de solidaridad social; los extranjeros, por el contrario, pueden estar vinculados al Estado solamente por el vínculo de solidaridad económica y social. Visto esto, se debe entender que el mencionado artículo 31 debe ser interpretado en el sentido de que en relación con la tributación de los extranjeros se debe dar un vínculo económico con el territorio español valorable en términos de capacidad contributiva. Sin embargo, aunque existe un deber de solidaridad política de los nacionales con el Estado, esto no quita que el legislador tributario pueda escoger la opción de prescindir del punto de conexión nacionalidad, en base a razones de equidad y efectividad de la norma.

107. Los Estados no pueden actuar sin autorización en territorio extranjero. Un Estado, por sí mismo, a través de sus propios funcionarios no puede hacer valer su Derecho fuera de sus fronteras, porque éstas delimitan el ámbito de su soberanía territorial. Esto constituye un principio de Derecho Internacional General. Cuando no se respeta esta norma se produce una violación de la soberanía de otro Estado y, así, un ilícito internacional.

108. En principio, los órganos de un Estado no pueden ejercitar sus potestades tributarias en el territorio de otro Estado. Así, tales órganos no pueden hacer efectivo el Poder Tributario de su Estado fuera de las fronteras territoriales de éste, lo que encontraría una excepción en los casos en que se dé el consentimiento del Estado a la actuación de órganos extranjeros sobre su propio territorio. Esta imposibilidad de actuación tributaria de los Estados en territorio ajeno, con la consiguiente imposibilidad para un Estado de aplicar por sí solo sus normas tributarias en territorio extranjero y así hacer allí efectivas sus pretensiones tributarias, ha hecho necesarios mecanismos internacionales de cooperación entre Estados, especialmente en materia de intercambio de información y en materia de recaudación.

109. Aunque un Estado no puede ejercitar su poder de imperio en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste, debemos tener en cuenta que cosa distinta es la posibilidad de una organización internacional de ejercitar su poder en el territorio de los Estados miembros, en base a la atribución de competencias realizada por éstos a la organización. Y esto sucede en el caso de la Unión Europea.

110. En aquellos casos en los que un Estado procede a recaudar el crédito tributario de otro Estado, no se produce propiamente una aplicación de Derecho Tributario extranjero. Cuando las autoridades tributarias de un Estado proceden a la recaudación de un crédito tributario extranjero, no realizan una actividad de declaración del Derecho extranjero, sino que solamente analizan si la petición de cooperación formulada por el Estado extranjero respeta los requisitos previstos en el correspondiente tratado o texto normativo internacional, que serán requisitos de forma y de competencia. El crédito tributario extranjero tiene en estos casos para el Estado que coopera el carácter de mero hecho jurídico, que adquiere relevan-

cia jurídica porque existe una norma que le confiere efectos jurídicos en el ordenamiento; se trata de la contenida en el correspondiente convenio internacional, y que, como hemos visto, se convierte en Derecho interno o la contenida en el correspondiente texto normativo de Derecho Comunitario derivado, teniendo el Derecho Comunitario, en principio, efecto directo en los ordenamientos nacionales. Debemos tener en cuenta que las autoridades fiscales de tal Estado no realizan la liquidación del crédito tributario extranjero. La citada actuación del operador jurídico tributario es distinta, pues, de la que realizan los órganos judiciales cuando aplican las normas de Derecho Internacional Privado; las normas de conflicto bilaterales de esta rama del Derecho, hacen que se apliquen normas jurídicas extranjeras. El caso de la recaudación de créditos tributarios extranjeros es, como hemos visto, completamente distinto. De todas formas, con tal recaudación, el Estado titular del crédito tributario ve como éste sea hecho efectivo en territorio extranjero. Pero esto no implica que se pueda decir que ha sido verdaderamente aplicado el Derecho Tributario extranjero.

111. Los límites analizados en materia de territorialidad en sentido formal del tributo han hecho que los Estados hayan debido establecer entre ellos mecanismos de cooperación en la aplicación de los tributos. Estas formas de cooperación no representan propiamente excepciones a tales límites de la territorialidad del tributo en sentido formal, sino mecanismos para superar estos límites, porque aquí, en estas acciones de cooperación, aunque se realicen tales actividades para favorecer la pretensión tributaria de un Estado extranjero, el Poder Tributario que se ejercita es el del Estado en que se actúa, porque son los órganos de este Estado los que ejercitan sus potestades y no, en principio, órganos del Estado extranjero. Así se ayudará a conseguir que la pretensión tributaria del Estado extranjero se haga efectiva y que se cumpla lo dispuesto por las leyes tributarias dictadas en base al Poder Tributario de ese Estado extranjero. Aquí un Estado, en base a su Poder Tributario, encarga a sus órganos el ejercicio de sus propias potestades en el desarrollo de las actuaciones para la cooperación, pero esto no significa que un Estado ejercite su Poder Tributario en territorio extranjero. En síntesis, un Estado actúa sobre su propio territorio para ayudar a otro, o sea, que no actúa el Estado extranjero, sino el Estado del territorio donde se desarrollan los actos de cooperación. Cuando existen mecanismos de cooperación internacional en materia de territorialidad en sentido formal, esto no implica que el ejercicio del Poder Tributario de un Estado pueda sobrepasar los límites del territorio del mismo y violar el territorio de otro Estado, sino que significa solamente que existe un mecanismo de cooperación internacional para superar los problemas que derivan del límite general en materia de territorialidad en sentido formal estudiado. Así pues, cuando se ejecutan o ponen en práctica los mecanismos de cooperación en materia de territorialidad en sentido formal, el Poder Tributario estatal que se actúa es el del Estado cuyos órganos actúan, o sea, el del Estado al que se pide la cooperación y no el del Estado que la pide, Estado, este último, que es titular de la pretensión tributaria. Todo esto puede encontrar una excepción en los casos en que se permite que opere en territorio nacional un funcionario público tributario de un Estado extranjero, aunque sea sólo para realizar notificaciones con efectos públicos o inspecciones. Pero, de todas formas, también en estos casos debe existir una intervención del Estado en cuyo territorio se realizan tales actos, en cuanto este Estado debe haber dado su consentimiento a tales actuaciones o a quedar vinculado por las correspondientes normas en que se prevén.

112. No existe un principio o norma de Derecho Internacional General que prohíba que un Estado coopere con otro en la aplicación de los tributos de este otro, y que realice con este fin actos en su propio territorio. Esto se demuestra con los ejemplos existentes de cooperación entre Estados en este ámbito. Tales ejemplos demuestran que los Estados no se sienten obligados por tal hipotética norma de Derecho Internacional General, norma que no existe. Además, sería contrario al estado actual de evolución del Derecho Internacional y de la Sociedad Internacional considerar cerradas, por el propio Derecho Internacional, vías a la cooperación internacional entre Estados.

113. A nuestro entender, no existe tampoco un principio de Derecho Internacional General o una costumbre internacional que obliguen a los Estados a cooperar en la aplicación y recaudación de los tributos extranjeros. Si existiese tal norma no serían necesarios los convenios internacionales y otros textos internacionales –piénsese en los textos normativos de Derecho Comunitario derivado– que establecen

mecanismos de cooperación en esta materia. Pero se podría también pensar que tales convenios internacionales nacen para dar seguridad jurídica en esta materia, codificando una costumbre internacional que ya existiese en la misma. Pero en la comparación de estos dos argumentos distintos y vista la fuerte caracterización territorial del Derecho Tributario que hemos encontrado en este trabajo, no se puede afirmar que los Estados se sientan obligados por tal hipotética costumbre internacional. Y todavía más, un Estado no podría aceptar siempre los actos tributarios de otro Estado sin cuestionarse ciertos aspectos relativos a los mismos. Así, un Estado debería tener libertad para juzgar y decidir en base a sus propios principios constitucionales y en base a las perspectivas de política socio-económica vigentes en el mismo en el momento en que se debiera ejecutar el crédito tributario extranjero, dado que corresponde a tal Estado determinar los límites en materia de ejecución, sobre todo cuando el montante de ésta debiese ser entregado a un Estado extranjero. Somos, pues, de la opinión de que los Estados deben ser considerados libres –y por tanto no vinculados por un deber de Derecho Internacional General– para desarrollar o no tal cooperación, excepto en el caso en que exista una norma de Derecho Internacional Convencional o de Derecho Comunitario Europeo que imponga tal deber. De todas formas, debemos reconocer que tal cooperación es muy conveniente, deseable y conforme con el espíritu de cooperación que debe darse en la Sociedad Internacional. Y el hecho de que los Estados no estén obligados a cooperar en esta materia no quita, obviamente, que puedan hacerlo y que sea conveniente que lo hagan. De ahí la necesidad de fortalecer y aumentar los mecanismos de cooperación internacional en materia tributaria. La lucha contra el fraude tributario internacional a través de los paraísos fiscales en cierta medida no ha alcanzado las expectativas que habían generado los instrumentos puestos en marcha por la Unión Europea y la OCDE. Incluso, ante tal dinámica, tampoco parece que el Convenio multilateral de asistencia administrativa en materia fiscal pueda resolver considerablemente el problema, a pesar de las expectativas que también ha generado. Ahora bien, el que no se pueda mantener jurídicamente en puridad de conceptos que exista un principio de Derecho Internacional General que obligue a los Estados a cooperar en materia tributaria cuando no exista convenio internacional al efecto, no quiere decir que a nivel global o mundial pudiesen establecerse desde Naciones Unidas unas líneas de actuación que obligasen en tal sentido, pensando esencialmente en los Estados que son paraísos fiscales, de tal forma que la actuación de los mismos pueda ser considerada contraria al sentir y parecer de dicha organización internacional global, con las consecuencias que ello puede conllevar.

114. Dada la vigencia del principio de legalidad en materia tributaria y la reserva de ley en esta materia, como plasmación de aquel principio, el Derecho Tributario está contenido principalmente en leyes. A la luz de ello, tradicionalmente se ha apuntado la escasa eficacia práctica de los Principios Generales del Derecho por sí mismos como fuente del Derecho Tributario, es decir, como principios que se puedan deducir de las distintas regulaciones, sin estar expresamente recogidos en la ley o consagrados en la Constitución, pues, en estos casos, se convierten en norma expresa escrita y su valor no se da ya en cuanto tales principios, sino en función del rango del texto normativo en que se recogen expresamente. También en función de lo apuntado, se suele negar virtualidad a la costumbre dentro de las fuentes del Derecho Tributario. Pues bien, en el ámbito del Derecho Internacional Tributario sí se puede encontrar cierta incidencia de la costumbre y de los Principios Generales del Derecho como fuentes del mismo, si bien se trata de una incidencia bastante reducida, si la comparamos con la amplitud, proliferación y desarrollo de otros tipos de fuentes del Derecho Internacional. Obviamente, esto no justifica el olvido de tales costumbres y Principios Generales del Derecho.

115. En relación al Derecho Internacional Tributario, las ramas que han sido más estudiadas son el Derecho Internacional Convencional, es decir, aquella rama compuesta por convenios internacionales, y el Derecho de la Unión Europea. Esto resulta lógico, si se tiene en cuenta que se trata de los dos ámbitos normativos internacionales que mayor incidencia tienen en la práctica limitando o condicionando el Poder tributario de los Estados. Pero junto a esas dos ramas del Derecho Internacional, también incide en materia tributaria el Derecho Internacional General, si bien, de una forma mucho más reducida en la práctica que el Derecho Internacional Convencional y que el Derecho de la Unión Europea. Quizás por ello el estudio de aquella rama por la doctrina ha sido mucho menor que el de estas otras dos. Pero la incidencia del Derecho Internacional General en materia tributaria es la más obvia y esencial, encontrándose en la base de la cons-

trucción de la fiscalidad internacional. Esta incidencia se da sobre todo en relación a la eficacia de la ley tributaria en el espacio, si bien también puede tener algún alcance con respecto a la extensión de la ley. Por ello, creemos que no se debe descuidar tanto, al contrario de lo que se ha venido haciendo por la doctrina, el estudio de la incidencia del Derecho Internacional General en materia tributaria, debiendo fomentarse el desarrollo de los análisis relativos a éste dentro del Derecho Internacional Tributario. Digamos que las normas del Derecho Internacional General en materia tributaria representarían los parámetros jurídicos esenciales que debe respetar la globalización fiscal y deberíamos comenzar a plantearnos hasta qué punto se debería avanzar en la toma en consideración de la idea de justicia tributaria desde la perspectiva de las relaciones fiscales internacionales, tomando como germen la disciplina europea.

VIII. Consideraciones finales

116. Tal y como se puede ver en nuestra exposición, la doctrina italiana tradicionalmente ha tenido una especial capacidad para afrontar la conceptualización de la fenomenología tributaria internacional, aplicando la tradición de los grandes pensadores del Derecho Tributario. Ahora bien, con la sobredimensión que ha alcanzado la fiscalidad internacional, ni incluso la doctrina italiana ha sabido mantener el nivel de sus pioneros en la construcción dogmática del Derecho Internacional Tributario, sin perjuicio de, no obstante, haber seguido surgiendo en Italia importantes obras de la misma en este ámbito temático. Es como si cuando una estructura estaba ya muy avanzada, antes de terminarla la atención doctrinal se hubiese dedicado a rellenar simplemente los elementos más visibles de esa estructura aún incompleta. Llega el momento, pues, de retomar esas grandes líneas que abrió la doctrina italiana del Derecho Internacional Tributario en su momento.

117. Llegados a este punto habría que replantearse si ha llegado el momento de intentar retomar la posible virtualidad de los principios generales del Derecho Internacional en su proyección tributaria y redimensionar el sentido de los mismos.

118. Y no sólo en relación a los principios generales del Derecho Internacional Tributario, en su dimensión de delimitador del alcance territorial del poder y de las potestades tributarias y de los problemas conectados a los mismos, sino incluso más allá del derecho Internacional, a nivel de Derecho Constitucional Tributario, la doctrina italiana prestó especial atención a los principios constitucionales de justicia tributaria en relación a la no residencia *versus* la residencia y a la extranjería *versus* la nacionalidad, lo cual puede ser muy clarificador igualmente en relación no sólo al alcance del poder del Estado frente a otros Estados, sino también al poder del estado en relación a los sujetos vinculados o conectados al mismo de muy distinta forma y en muy distinto grado; en relación a los distintos tipos de contribuyentes, el alcance del poder tributario en relación a los mismos, no se debe analizar sólo desde la perspectiva del Derecho Internacional Tributario, sino también desde la perspectiva del Derecho Constitucional Tributario. Y, por ejemplo, con un análisis en profundidad desde las perspectivas apuntadas, seguramente tendríamos que terminar considerando que el poder tributario del Estado ante el traslado de la residencia a un paraíso fiscal, no sólo se podría dar en relación a los sujetos de nacionalidad española, tal y como sucede actualmente, sino que incluso, ni desde la perspectiva del Derecho Internacional, ni desde la perspectiva del Derecho Constitucional, habría inconveniente en que se pudiese establecer también en relación a los extranjeros que han residido en España y, así, en función de ello han estado integrados en nuestra sociedad, con la consiguiente responsabilidad social tributaria que ello conlleva y de la que uno no puede prescindir en el momento en que le interese; otra cosa distinta será la mayor o menor dificultad para hacerlo efectivo.

119. En función de ello, el análisis de todos esos posibles límites existentes o inexistentes desde la perspectiva del Derecho Internacional o Constitucional Tributario nos puede dar la pauta y los parámetros para determinar hasta dónde se podrían ampliar nuestras leyes tributarias actuales para actuar más rigurosamente contra el fraude fiscal; decimos rigurosamente, no sólo en el sentido de una mayor intensidad, sino también en el sentido de un mayor rigor jurídico y de una más clara coherencia conceptual.

REMEDIOS Y OBLIGACIONES IMPUESTOS POR LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

REMEDIES AND OBLIGATIONS IMPOSED BY COMPETITION AUTHORITIES

FRANCISCO MARCOS

Profesor de Derecho Mercantil

*IE Law School **

Recibido: 09.10.2017 / Aceptado: 08.11.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4125>

Resumen: Ante la comisión de conductas que infrinjan las prohibiciones de prácticas anticompetitivas y con la finalidad de detener la infracción y de restaurar las condiciones de competencia en el mercado, la Comisión Europea, la CNMC y las autoridades autonómicas de defensa de la competencia pueden imponer remedios correctivos distintos de las multas. Este trabajo revisa estos remedios que, para el cese de la infracción y el restablecimiento de la legalidad, la eliminación de las distorsiones a la competencia y la prevención de futuras conductas anticompetitivas pueden adoptarse en las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia dentro de los procedimientos administrativos sancionadores. Junto a las órdenes de cesación en la conducta prohibida, que la paralizan y re-establecen la legalidad, existen otros remedios destinados a restaurar la libre competencia en el mercado, removiendo sus efectos y previniendo que vuelvan a ocurrir en el futuro. Este trabajo examina la extensa variedad de remedios obligacionales que se han adoptado por las autoridades de defensa de la competencia y los problemas que suscitan en la práctica.

Palabras clave: Derecho de Defensa de la Competencia, España, CNMC, Autoridades autonómicas de defensa de la competencia, Falseamiento de la Competencia, Aplicación Pública, Infracción, Conducta Anticompetitiva, Remedio, Medidas Cautelares, Cesación, Remoción de efectos, Obligación estructural, Obligación de conducta, Desinversión, Proporcionalidad.

Abstract: Aimed at ending the infringements and restoring the free market competitive conditions there are other corrective remedies different to fines that the European Commission, the National Markets and Competition Commission (NMCC) and the Spanish regional competition authorities can impose when a violation of the prohibitions of anticompetitive behavior has been found. This paper conducts a survey of these remedies, which inspired in the reestablishment of legality, the elimination of the distortions to competition and in the prevention of future anticompetitive actions, may be adopted by competition authorities. Aside from ceasing orders of the forbidden conducts, which paralyze them and re-establish the legal order, there are other remedies aimed at restoring free competition in the market, removing the effects of anticompetitive conducts and preventing them from happening again in the future. This paper examines the wide variety of obligations that have been adopted as remedies by competition authorities and the problems they have raised in practice.

Keywords: Competition Law, Spain, NMCC, Regional Competition Authorities, Distortion of Competition, Public Enforcement, Violation, Anticompetitive Conduct, Remedy, Injunction, Interim Measures, Cease, Removal of Effects, Divestiture Orders, Divestments, Proportionality.

*Francisco.marcos@ie.edu. Actualizado a 1 de Octubre de 2017. Este trabajo está destinado a la publicación en el libro *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el Ordenamiento Español*, coord. ANTONIO ROBLES, (ed. Comares) 2017.

Sumario: I. Introducción. II. El restablecimiento de la legalidad, la remoción de los efectos negativos en el mercado y la prevención de futuras infracciones. 1. Características y principios comunes. 2. Ámbito territorial. III. Las medidas cautelares. IV. La cesación de la conducta prohibida. V. La imposición de remedios obligacionales. 1. Remedios convencionales vs. Remedios coercitivos. 2. Remedios curativos vs. Remedios preventivos. 3. Infracciones que suelen conllevar la imposición de remedios obligacionales. 4. Imposición de remedios cuasi-regulatorios. 5. Diseño de los remedios obligacionales: Contenido de las obligaciones. A). Obligaciones estructurales. B). Obligaciones de comportamiento. a). Obligaciones de conducta negativa (prohibiciones). b). Obligaciones de conducta positiva. i). Obligación de contratar. ii). Obligación de modificar un contrato. iii). Obligaciones de comunicación/publicidad de la decisión de la autoridad. iv). Obligaciones de licencia o sub-licencia de Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial (DPII). v). Obligación de restitución y reembolso de los beneficios ilícitos obtenidos o de compensar daños. vi). Otras obligaciones. 6. Control del cumplimiento de los remedios obligacionales. VI. La remoción de los efectos contrarios al interés público. VII. Conclusiones.

“The primary objective of any antitrust remedy is to halt the defendant’s anticompetitive behavior so consumers can enjoy the benefits of competition”¹

I. Introducción

1. Las conductas anticompetitivas prohibidas en la legislación de defensa de la competencia comprenden acuerdos, actuaciones y decisiones de los agentes económicos en el mercado que falsean y distorsionan su libre funcionamiento, eliminando o reduciendo la competencia, y perjudicando el bienestar del consumidor².

2. Con el propósito de prevenir, evitar esas conductas y corregir sus efectos, cuando detecten y acrediten la comisión de una infracción, las autoridades administrativas encargadas de la aplicación de las prohibiciones pueden adoptar diversas medidas reactivas³.

3. En el fondo, la adopción de estas medidas constituye una manifestación del vigor y la eficacia del Derecho de defensa de la competencia, difundiendo públicamente información sobre la comisión de una infracción y sobre el compromiso de la autoridad de defensa de la competencia con la investigación y persecución de las infracciones⁴. Al margen de sus efectos sobre el destinatario específico sometido a estos remedios, condicionando siempre sus estrategias y sus incentivos de conducta en el

¹ R. W. CRANDALL / K. G. ELZINGA “Injunctive Relief in Sherman Act Monopolization cases” (2004) *Antitrust Law and Economics: Research in Law & Economics* 21, p. 277.

² A los efectos de este trabajo, las prohibiciones de conductas anticompetitivas son los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, DOC326 de 26 de octubre de 2012) y los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, BOE159 de 4 de julio de 2007).

³ De hecho, frente a las consecuencias de la aplicación privada de las prohibiciones de conductas anticompetitivas (normalmente en vía judicial a través de una reclamación de daños y perjuicios), bien puede considerarse que la aplicación pública constituye en sí misma y en su integridad un “remedio” general contra las conductas anticompetitivas, como hace W.E. KOVACIC “Designing Remedies for Dominant Firm Misconduct” (1999) *Connecticut Law Review* 31, pp. 1288-1292 (que subraya, citando varios ejemplos, la distracción e inhibición que, espontáneamente, pueden provocar en la empresa denunciada el inicio y la pendencia de la investigación por las autoridades de defensa de la competencia).

⁴ Este “mensaje” o “señal” que la autoridad de defensa de la competencia envía a través de sus decisiones en los procedimientos sancionadores, trasciende la mera disuasión, y es también reflejo de la actitud social sobre la defensa de la libre competencia (reconocimiento y legitimidad) frente a las vulneraciones de las normas encargadas de su protección, véase R.H. McADAMS *The Expressive Powers of the Law. Theory and Limits*, 2016, pp. 170 y 172-175.

mercado, la expresión de las decisiones de las autoridades se propaga a cualesquiera otros operadores en el mercado al determinar los parámetros y referencias de comportamiento que de ellos se esperan.

4. La vinculación de las medidas reactivas legalmente previstas con la vulneración de las prohibiciones sustantivas y sus efectos en el mercado son esenciales, hasta el punto de que la existencia y el contenido de esas medidas dependen íntegramente del enjuiciamiento y evaluación que se realice de la conducta que se considera prohibida⁵. Los remedios previstos en la legislación de defensa de la competencia varían según la finalidad y objetivos que inspiran a cada uno de ellos, pero frecuentemente se presta atención sobresaliente a las sanciones como contenido más destacado de las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia⁶.

5. Indudablemente, las sanciones administrativas son la principal medida prevista en nuestro Derecho de defensa de la competencia para luchar contra las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas⁷. No en vano las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia son el corolario de un procedimiento administrativo sancionador en el que la multa es normalmente el elemento protagonista, destinado a castigar al infractor y dar ejemplo, disuadiéndole a él y al resto de los operadores en el mercado de la comisión de nuevas infracciones⁸.

6. Sin embargo, las multas son sólo una de las posibles reacciones de las autoridades de defensa de la competencia que el legislador prevé para luchar contra las conductas anticompetitivas y proteger la libre competencia en el mercado⁹. En ocasiones la sanción no es procedente porque no concurre la culpabilidad exigida por el Derecho administrativo sancionador para que proceda su imposición¹⁰. En

⁵ Véanse E. M. FOX “Remedies and the Courage of Convictions in a Globalized World: How Globalization Corrupts Relief” (2005) *Tulane Law Review* 80. P. 573 (“*Remedies’ is not a self-sufficient subject. The subject is the antitrust violation. The “remedy” is organically attached to the violation*”); D- A. MELAMED “After Word: The purposes of Antitrust Remedies” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p 368 (“*The remedy inquiry takes the liability standards as given and addresses the consequences of a violation of those standards*”).

⁶ Las referencias a las autoridades de defensa de la competencia en este trabajo comprenden principalmente a la Sala de Competencia de la CNMC [sobre sus funciones, véase art. 14.1.a) del RD 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, BOE209 de 31 de agosto de 2013], aunque se pueden entender aplicables a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia (sobre las cuales, véase –aparte de la legislación de creación y rectora de cada una de ellas– el art. 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, BOE46 de 22 de febrero de 2002).

⁷ Aunque también hay algunas conductas anticompetitivas cuya realización puede suponer un delito (en tal caso la decisión corresponderá a la jurisdicción penal, con prioridad para ocuparse del asunto, véase art. 46 LDC). Sobre la interacción entre el procedimiento contencioso-administrativo y el proceso penal, y las implicaciones en materia probatoria, permítase la referencia a F. MARCOS “Cesión e Intercambio de pruebas entre investigaciones de defensa de la competencia y procesos penales” (2017) *Revista Española de Derecho Administrativo* 186, 131-161.

⁸ Véase J. COSTAS “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España” en ANTONIO ROBLES (dir) *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el Ordenamiento Español*, 2017, pp. 11-79.

⁹ Al referirse al contenido de las decisiones del Consejo de la CNMC (*rectius* normalmente su Sala de Competencia) como órgano resolutorio de los procedimientos sancionadores incoados en aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, el artículo 53.2 de la LDC incluye una enumeración de otras alternativas para aquéllos casos en los que la resolución estimase que se ha producido una infracción de las citadas prohibiciones [“a) *La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado*; b) *La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural*; c) *La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público*; d) *La imposición de multas y (...)* f) *Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley*”]. Véase también art. 38.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC, BOE5 de 27 de Febrero de 2008).

¹⁰ P. HELLSTRÖM/ F. MAIER-RIGAUD / F. WENZEL BULST “Remedies in European Antitrust Law” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 50 (“*A remedy is not intended to punish, and, unlike a fine, the imposition of a remedy does not require a finding of negligence, let alone intent*”). Por eso el resto de los eventuales remedios que se impongan puede cuestionarse judicialmente mediante recurso, al margen de la eventual multa y/o viceversa, variando también el alcance de la posible revisión judicial. C. RITTER “How Far can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?” (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 588. En general, sobre la diferente naturaleza y funciones de las sanciones y otras medidas de reestablecimiento de la legalidad, véase A. HUERGO LORA *Las sanciones administrativas*, 2007, pp. 249-266.

otros casos, la multa no es la solución adecuada y más eficaz o, en sí, puede no ser suficiente, lo que aconseja el empleo de otros remedios¹¹.

7. En efecto, dado que los procedimientos administrativos de la aplicación de las prohibiciones buscan también eliminar, corregir, evitar o prevenir las conductas anticompetitivas y sus efectos negativos en el mercado¹² –restaurando las condiciones de competencia–, se proporciona a las autoridades de defensa de la competencia remedios de otra naturaleza, que son el objeto de examen en este trabajo¹³. Con fundamento en otras disposiciones, pero con un propósito y técnicas análogas, medidas similares pueden acompañar las decisiones en materia de control de concentraciones¹⁴ y de ayudas de Estado ilícitas¹⁵.

8. Una comprensión adecuada de estos remedios y de su utilización por las autoridades de defensa de la competencia aconseja, con carácter previo, referirse globalmente a ellos como medidas destinadas a restablecer la legalidad, restaurando y protegiendo la libre competencia, y a corregir y prevenir las infracciones y sus efectos negativos en el mercado (*infra* §II). De hecho, cuando las autoridades de competencia inician su investigación e incoan un procedimiento sancionador ante los indicios de la comisión de una posible infracción, la eventual adopción de medidas cautelares no supone otra cosa que adelantar la imposición de algunos de estos remedios, protegiendo o conservando la competencia y asegurando la efectividad de su eventual resolución final, anticipando algunos de los posibles remedios que aquéllas puedan decidir (*infra* §III).

9. Después, una vez concluido el procedimiento, con el propósito de restablecer el orden tras la infracción, paralizando de manera inmediata la distorsión y el falseamiento de la competencia provocado por el comportamiento del infractor, la decisión final de las autoridades de defensa de la competencia obliga siempre al cese en las conductas anticompetitivas si estas todavía continuaran realizándose (*infra* §IV). Por tanto, la reacción prevista por la LDC es relativamente simple, y consiste en el re-establecimiento de la legalidad mediante el cese de la infracción. Paralelamente, en el plano privado se establece la inoponibilidad de las cláusulas o condiciones anticompetitivas (automáticamente para los conductas plurilaterales conforme al art. 1.2 de la LDC)¹⁶, existiendo otras posibles consecuencias civiles de las

¹¹ Porque “*a deterrent penalty is insufficient to end the defendant’s illegal conduct and restore competitive conditions*” [WILLIAM H. PAGE “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis” en R. D. BLAIR / D. DANIEL SOKOL (eds) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 2015, 266].

¹² “[t]ypically, remedies aim to stop a violator’s unlawful conduct, its anticompetitive effects, and their recurrence, as well as to restore competition” (OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, 18).

¹³ La relativa uniformidad en los distintos países de las prohibiciones de conductas anticompetitivas se ha visto acompañada de una creciente convergencia y homogeneización de los remedios frente a ellas, véase H. FIRST “Your Money and Your Life: The Export of U.S. Antitrust Remedies” en D. D. SOKOL/ T. K. CHENG / I. LIANOS (eds.) *Competition Law and Development*, 2013, pp. 167-181 (que centra su análisis en la criminalización y las reclamaciones de daños que, supuestamente, son los dos remedios en los que existe una mayor divergencia).

¹⁴ En materia de control de concentraciones, se trata de los compromisos propuestos por el notificante o de las condiciones impuestas por el órgano encargado de decidir la concentración en cada caso [véanse arts. 57.2.b), 58.2.c), 59, 60.1.d), 60.3.b) y 60.4.a) de la LDC y considerando 30 y arts. 6.1.b), 6.2 y 8.2 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOL 24 de 29 de Enero de 2004)]. De hecho, no es infrecuente que los principios y análisis de los remedios estructurales y de comportamiento en materia de concentraciones se extienda a los procedimientos sancionadores (véanse, por ejemplo, *infra* n74, 139, 140 y 153).

¹⁵ Véase art. 7.4 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 (DOL 83 de 27 de Marzo de 1999): “*La Comisión podrá disponer que su decisión positiva vaya acompañada de condiciones para que la ayuda pueda considerarse compatible con el mercado común y establecer obligaciones que le permitan controlar la observancia de dicha decisión (denominada en lo sucesivo “decisión condicional”*. Aunque el componente de reorganización del mercado y de eliminación de las distorsiones sea común, existe no obstante alguna diferencia sustancial derivada de la naturaleza y rasgos de las distorsiones que provocan las ayudas de Estado, véanse P. ANESTIS “State Aid and Antitrust Remedies: Anything in Common?” (2012) *European Law State Aid Quarterly* 3/2012, pp. 554-555 y S. CROME / A. SÖLTER “Conditional decisions and EC State aid law: The MobilCom case” *Competition Policy Newsletter* 3/2004, pp. 55-57.

¹⁶ Sobre la nulidad de los acuerdos anticompetitivos o de aquellas imposiciones que sean abusivas, véase la contribución de C. HERRERO “La nulidad de las conductas anticompetitivas” en ROBLES (coord.) *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el Ordenamiento Español*, 2017, 225-270.

infracciones en el plano contractual o extracontractual que se desarrollan a través de la aplicación privada (declaración de nulidad, medidas cautelares, indemnización de daños)¹⁷.

10. Adicionalmente, la restauración de la situación previa a la conducta infractora y la imposición de condiciones que aseguren el retorno a la situación competitiva, previniendo futuras infracciones, puede hacer que las autoridades de defensa de la competencia requieran al infractor –prospectivamente– a observar determinada conducta o exijan la adopción de medidas estructurales que determinen o influyan en las condiciones de competencia en el mercado evitando que la infracción se repita (*infra* §V). Finalmente, las autoridades de competencia pueden exigir al infractor la remoción de los efectos negativos de la infracción para el interés público (*infra* §VI).

II. El Restablecimiento de la legalidad, la remoción de los efectos negativos en el mercado y la prevención de futuras infracciones.

11. La proscripción de conductas anticompetitivas por la legislación de defensa de la competencia se acompaña en el plano institucional de la creación de autoridades administrativas encargadas de su detección e investigación¹⁸.

12. La aplicación pública de las normas de defensa de la competencia es la manifestación natural del interés general en garantizar la existencia de mercados competitivos como marco en el que se desarrolla la libertad de empresa (de acuerdo con el art 38 de la Constitución española)¹⁹. Las autoridades de competencia son las encargadas de detectar, investigar y reaccionar frente a las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, reconstruyendo el orden competitivo en el mercado²⁰.

13. El mandato del legislador a las autoridades administrativas de defensa de la competencia para la detección, investigación y prueba de las conductas anticompetitivas prohibidas persigue diversos objetivos. La sanción es consecuencia natural de cualquier procedimiento sancionador, con el propósito de castigar al infractor y disuadir de la comisión de nuevas infracciones²¹. Junto a la reacción punitiva de las autoridades de defensa de la competencia, y tan importante como aquélla, son el restablecimiento de la legalidad, la eliminación de los posibles efectos negativos que hubiere causado en el mercado la

¹⁷ En coherencia con la mayor predisposición y tradición del sistema norteamericano para la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia (véase *infra* n20), los remedios privados y de equidad se imponen también por los jueces, incluso como medidas cautelares [véanse E. MACINTYRE “Antitrust Injunctions: A Flexible Private Remedy” (1966) *Duke Law Journal* pp. 22-40 y D. REICHENBERG “Preliminary Injunctive Relief- Non-merger cases beware?” (2013) *PI Antitrust Chronicle*, March 2013 (1)].

¹⁸ Este encargo es especialmente relevante respecto de las prácticas anticompetitivas más graves (los cárteles) para los cuales el Derecho de defensa de la competencia descansa en autoridades administrativas especializadas la investigación y sanción de las mismas (la aplicación privada y la vía jurisdiccional sólo son concebibles *follow-on*).

¹⁹ Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978 (CE) (BOE 311 de 29 de Diciembre de 1978).

²⁰ Sin embargo, la estructura para la aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en Estados Unidos hace que la adopción de los remedios que se analizan en este trabajo corresponda a los jueces y tribunales (con lo que allí se trata de remedios judiciales). Sobre la rica problemática que esta organización institucional suscita véanse A. CHAYES “The Role of the Judge in Public Law Litigation” (1976) *Harvard Law Review* 89:1281-1316 y S. P. STURM “A Normative Theory of Public Law Remedies” (1991) *Georgetown Law Journal* 79: 1335-1446 (esta última desarrolla una teoría que fortalece la legitimidad de los remedios adoptados mediante la deliberación y participación activa de los afectados en su diseño y formulación). Además, la intervención de las autoridades federales [(*Federal Trade Commission* (FTC) o *Department of Justice* (DOJ))] no excluye la intervención de las autoridades *antitrust* de cada Estado que, en esta materia, desempeñan un papel importante para imponer remedios monetarios que faciliten la compensación de los daños sufridos por sus ciudadanos (*parens patriae*), véase *infra* §V.5.B).b).v) y H. FIRST “Delivering remedies: The Role of the States in Antitrust Enforcement” (2001) *George Washington Law Review* 69: pp. 1004-1041.

²¹ La protección de la competencia como bien público se manifiesta en la consideración peyorativa que recibe el reincidente, cualificando su eventual repetición de la infracción con un agravante, véase art. 64.2.a) de la LDC y R. ALLENDESALAZAR “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” en A. PETITBÓ / S. MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 2008, 22.

conducta prohibida, y la adopción de otras medidas que prevengan la comisión de nuevas infracciones en el futuro, asegurando y conservando la libre competencia²².

14. Mientras que las multas y las eventuales indemnizaciones de daños son remedios *sustitutivos*, que reemplazan el derecho infringido por una transferencia monetaria al Erario público o a las víctimas de la conducta anticompetitiva, los remedios *restaurativos* suponen una suerte de reparación específica, diseñada a medida de la infracción concreta, y que busca regresar a la situación en el mercado previa a la infracción, evitando que ésta se produzca de nuevo²³.

15. Los remedios que se analizan en este trabajo proporcionan a las autoridades de defensa de la competencia un conjunto heterogéneo de instrumentos para la reparación y preservación del orden concurrencial. El interés público es la “brújula” que inspira y rige su actuación, sin que se atiendan a los intereses privados que puedan verse afectados por la infracción. El destinatario de esas medidas es el infractor o los infractores de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, que habrán de cumplirlas y ponerlas en práctica. Adicionalmente, los remedios alternativos a las multas que aquí se examinan, pueden venir acompañados de éstas. No son excluyentes, porque desempeñan funciones y tienen objetivos diferentes. Igualmente, siguiendo el tenor legal pueden conceptualizarse y describirse cada uno de ellos de manera separada (cesación, imposición de obligaciones, remoción de efectos), pero en la práctica no es infrecuente que se utilicen conjuntamente, se solapen entre sí o que existan remedios que pueden desempeñar funciones múltiples, lo que puede hacer difícil el examen aislado de sus objetivos y efectos.

16. Los apartados siguientes analizarán por separado cada uno estos remedios de restablecimiento de la legalidad y de la competencia, de restauración y aseguramiento del orden concurrencial libre y preventivos de nuevas infracciones y de remoción de sus efectos negativos. Sin embargo, antes, con carácter general, es preciso detenerse en sus características comunes y en los principios y reglas que todos ellos deben respetar. La legislación confiere a las autoridades de defensa de la competencia una notable discrecionalidad en el recurso a estos remedios y en su diseño y formulación²⁴, pero esa potestad no es ilimitada.

1. Características y principios comunes

17. Desde el mismo momento en que las autoridades de defensa de la competencia detectan una posible infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, es conveniente que anticipen los posibles remedios a imponer si la investigación confirma la ocurrencia de la misma²⁵. El conocimiento

²² Se mezclan objetivos que atienden al ilícito anticompetitivo específico y también al panorama general en el mercado en el que la infracción se produjo [objetivos “micro” y “macro” en la terminología de FOX (2005) *Tulane Law Review* 80, p. 573, que también utilizan I. LIANOS “Competition Law Remedies: In Search of a Theory” en I. LIANOS / D. D. SOKOL (eds) *The Global Limits of Competition Law*, 2012, p. 189 y UNCTAD, *Appropriate sanctions and remedies*, 2010, ¶18]. Desde otra perspectiva y con otra terminología, se puede hablar de “remedios prospectivos” frente a los “remedios punitivos” (multas y prisión), W. H. PAGE “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis” en R. D. BLAIR / D. D. SOKOL (eds) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 2015, p. 256.

²³ Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, p. 189 (que habla también de remedios “declarativos”, que no son ni sustitutivos ni reparativos, y que buscan simplemente proporcionar una declaración autorizada sobre los derechos, obligaciones o relaciones jurídicas de las partes).

²⁴ En Estados Unidos, véase sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1947 (ponente R. H. Jackson) *International Salt. Co. v. U.S.*, 332 U.S. 392, 400-401 (1947): “They are invested with large discretion to model their judgments to fit the exigencies of the particular case”.

²⁵ Véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, pp. 1310-1311; P. LOWE / F. P. MAIER-RIGAUD “Quo Vadis Antitrust Remedies?” en B. L. HAWK (ed) *Fordham Competition Law Institute 2008*, p. 597; OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 18 (“Otherwise, agencies may wind up expending the resources necessary to win the case, only to find that they have not given sufficient thought to the all-important issues of what an effective remedy would be and how it could be implemented”); T. O. BARNETT “Section 2 Remedies: What To Do After Catching The Tiger By The Tail” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 35 (“it is critical to think hard about what you are going to do with the tiger before you grab its tail. If you cannot do something constructive, you should consider not grabbing it in the first place. And in any event, it is not the best time to determine what to do with the tiger while holding on to its tail”).

del entorno empresarial en el que la infracción habría tenido lugar (industria, infractor, etc.) constituye información que condiciona los remedios que puedan finalmente imponerse por la autoridad.

18. Se reconoce notable discrecionalidad a las autoridades de defensa de la competencia en la determinación de los remedios procedentes en cada caso porque las circunstancias que justifican la utilización de cada remedio varían. Es necesario que la autoridad de la competencia evalúe la oportunidad del remedio, porque en ocasiones la mejor decisión puede ser la de confiar en las propias fuerzas del mercado para restaurar la competencia en el mismo²⁶. En efecto, si no es posible diseñar un remedio que corrija la infracción, o existe el riesgo de que produzca efectos no deseados, es mejor evitarlo²⁷. Además, no está justificado que las autoridades de competencia intervengan con el propósito de modificar las pautas de competencia en el mercado al margen de la infracción cometida²⁸.

19. El diseño de los remedios debe partir, siquiera someramente, de un análisis económico del mercado, de su contexto y de su evolución histórica, de los efectos de los remedios en su funcionamiento y de la eventual reacción de los afectados a los mismos²⁹. Ello explica la necesaria flexibilidad de su régimen jurídico. Inevitablemente esto puede suponer una relativa incertidumbre para los operadores afectados³⁰, aunque ello se compense con el hecho de que los remedios más intervencionistas (la imposición de obligaciones de comportamiento y de estructura) se produzcan normalmente tras un acuerdo en un procedimiento transaccional³¹.

20. Los remedios deben estar estrechamente conectados con la conducta prohibida y sus efectos³². Deben ser necesarios para el objetivo de detener la infracción, restaurar la legalidad y el orden concurrencial, asegurando la libre competencia en el mercado y previniendo de la comisión de nuevas infracciones. Sin embargo, no se puede descartar que el resultado de la implementación del remedio sea una mejora en la situación competitiva que existía en el mercado antes de la infracción³³.

21. Los remedios deben ser eficaces y adecuados para los objetivos que se marcan, deben ser proporcionales, sin suponer un coste o una carga excesivos para conseguir esa finalidad³⁴.

22. Como ocurre con otras reacciones prescritas por el legislador ante la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, los remedios que se examinan en este trabajo, pueden tener

²⁶ Véanse S. WEBER WALLER “The Past, Present, and Future of Monopolization Remedies”(2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 20 (“inaction is also the proper strategy if the likelihood of erroneous conclusions, the lack of a viable remedy, or the possibility of a quicker market response outweighs the alleged harms and potential gains from litigation”) y M. OHLHAUSEN “The Federal Trade Commission: The Path Ahead” (2017) *The Criterion: Journal on Innovation* 2, p. 32.

²⁷ Refiriéndose a los remedios contra los abusos de dominio, véase BARNETT (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 33 (“a bad section 2 remedy risks hurting consumers and competition and thus is worse than no remedy at all”).

²⁸ Véase OHLHAUSEN (2017) *The Criterion: Journal on Innovation* 2, p. 31 (“competition enforcers should not intervene simply because they dislike certain market outcomes”).

²⁹ Véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1311. En muchos casos, las autoridades imponen remedios complejos sin entender correctamente el mercado, su dinámica y previsible evolución y, lo que es más grave, sin beneficiar a los consumidores, véase CRANDALL / ELZINGA (2004) *Antitrust Law and Economics: Research in Law & Economics* 21, p. 336-337.

³⁰ Véase H. A. SHELANSKI & J. G. SIDAK “Antitrust Divestiture in Network Industries” (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 56 (“case law on remedies does not, in the end, provide a set of axioms that can be applied systematically to the choice among antitrust remedies”).

³¹ Véase *infra* §V.1.

³² Véase *infra* §V.4. Las autoridades de defensa de la competencia deben evitar la tentación de imponer remedios sin conexión con la infracción y sus efectos en el mercado “the decision maker might be tempted to engineer a market outcome that economic theory would recognize as efficient, notwithstanding the absence of a direct link with the ascertained violation of competition law” [LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, p. 177].

³³ Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, 2012, p. 183 (“it is possible to adopt remedies that impose a better, from a wealth maximization perspective, competitive equilibrium than the one existing prior to the occurrence of the specific illegal practice”).

³⁴ Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, 2012, p. 179 (“the cost of remedies should not outweigh the consumer benefit they achieve”).

tanto una proyección retrospectiva como prospectiva. La inevitable conexión del remedio con el interés público afectado por la infracción y su adecuada protección y reparación explica esta doble perspectiva.

23. En efecto, el carácter retrospectivo es evidente en las órdenes de cese y de remoción de efectos, que miran al pasado, intentando detener la conducta prohibida y paralizar o remover los efectos negativos de una conducta anticompetitiva prohibida³⁵. En cambio, aunque la imposición de obligaciones estructurales y de conducta exige referirse a la situación previa a la infracción para restaurar las condiciones de competencia que se han visto afectadas por ella³⁶, en el fondo presentan un carácter netamente prospectivo³⁷ en la medida que buscan restablecer las condiciones de libre competencia y prevenir que la conducta prohibida se repita en el futuro³⁸.

2. Ámbito territorial de los remedios

24. Por otro lado, como ocurre con las multas y con cualquier otra decisión de las autoridades administrativas en el marco del procedimiento sancionador, la potestad de las autoridades de defensa de la competencia de imponer remedios exige que no excedan del ámbito territorial legalmente establecido para el ejercicio de sus competencias. Así ocurre con las multas, que castigan conductas que afectan al mercado nacional, que es presupuesto de la aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en la LDC³⁹. Esta circunstancia se observa con particular nitidez en el resto de los remedios que se analizan en este trabajo, en los que la concreta finalidad correctiva o reactiva frente a la conducta infractora perseguida (cese, remoción, restitución, imposición de obligaciones) se refiere al mercado nacional. Se trata una manifestación lógica de las exigencias del principio de cortesía internacional, del respeto a las competencias de las autoridades de otros Estados y de las limitaciones que afrontan las autoridades nacionales de competencia en el ejercicio de sus potestades más allá de su ámbito jurisdiccional⁴⁰. En efecto, es lógico y natural que los remedios que se impongan se construyan a partir de la presencia del destinatario y obligado por los mismos bajo la “jurisdicción” de la autoridad de defensa de la competencia, y debe comprender condiciones que ciñan su respuesta a la infracción en España (y que, por definición, haya producido efectos allí)⁴¹, evitando que los remedios tengan efectos extra-jurisdiccionales⁴².

³⁵ El carácter retrospectivo es todavía más claro e indudable en el caso de la compensación de daños, que exigen acreditar que la conducta anticompetitiva ha producido en el pasado un perjuicio que debe ser reparado.

³⁶ “*intentan arreglar (remediar) algo que se ha hecho mal en el pasado*”, como dice F. DIEZ ESTELLA “Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador” en PETITBÓ / MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, p. 105-106.

³⁷ Miran hacia el futuro, y no presentan el componente disuasorio de las sanciones, su objetivo es mejorar el bienestar social, véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol.1, 2015, p. 265.

³⁸ El carácter prospectivo es esencial en los mercados dinámicos y de nuevas tecnologías. Sólo así pueden los remedios ser eficaces frente a un operador dominante (*Microsoft*) que reacciona frente a empresas (*Netscape* y *Java*) que desarrollan tecnologías nacientes que podrían cuestionar su posición en el mercado, véase C. SHAPIRO “Microsoft: A remedial Failure” (2009) *Antitrust Law Journal* 75, pp. 744-748 (lo que también acentúa la relevancia en estos casos de las medidas cautelares).

³⁹ Es cierto que la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE llevará a la CNMC a sancionar conductas que necesariamente afecten al comercio entre los Estados Miembros, pero la necesidad de que el mercado español sea afectado es imprescindible para que la CNMC intervenga. Como es sabido, la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C101 de 27 de Abril de 2004) considera el territorio sobre el que las autoridades nacionales ejercen sus potestades como el vínculo material que ha de regir la asignación de la competencia para investigar y decidir una posible infracción (véanse ¶¶ 10-12).

⁴⁰ Véase B. BARAK *The Application of the Competition rules (Antitrust Law) of the European Economic Community to enterprises and arrangements external to the Common market*, 1981, pp 273-303 y 363-366 y, más en general, J. R. PAUL “The transformation of international comity” (2008) *Law & Contemporary Problems* 71, pp. 28-38.

⁴¹ Aunque la cuestión dista de ser simple, en general véase, PAUL B. STEPHAN “International Law and Competition Policy” en T. K. CHENG/ I. LIANOS / D. D. SOKOL (eds) *Competition and the State*, 2014, 121-133. Así, por ejemplo, en el marco de un procedimiento de terminación convencional nada obsta para que los compromisos voluntariamente acordados con las empresas se extiendan a mercados y países que habían sido objeto de la investigación y del procedimiento sancionador inicial iniciado por la autoridad de defensa de la competencia, véase decisión de la Comisión Europea de 22 de junio 2005 (COMP/39116-Coca-Cola).

⁴² Esta exorbitancia se observa últimamente, por ejemplo, en los remedios de comportamiento impuestos por la FTC norteamericana consistentes en la prohibición de solicitar (salvo supuestos excepcionales) en cualquier lugar del mundo medidas cautelares a los titulares de derechos de patente de estándares esenciales (SEP) sobre los que hubieran concedido una licencia

Esta problemática se acentúa cuando la creciente interconexión de los mercados nacionales y la idiosincrasia de la conducta infractora dificultan la formulación y el diseño de remedios que no tengan efectos extraterritoriales⁴³.

III. Las medidas cautelares

25. En cierta manera, las medidas cautelares que pueden adoptar las autoridades de competencia constituyen una muestra temprana del contenido de los remedios que se impongan por la autoridad de defensa de la competencia en la decisión final una vez concluido el procedimiento sancionador⁴⁴. Esta anticipación es particularmente necesaria en las industrias dinámicas en las que los efectos de las prácticas presuntamente anticompetitivas pueden consolidarse con rapidez y hacer difícil cualquier reacción ulterior. Además, las medidas cautelares constituyen una oportunidad para probar la operatividad y eficacia de los eventuales remedios que finalmente se impongan por la autoridad⁴⁵.

26. En efecto, una vez incoado el procedimiento sancionador (porque hubiera indicios racionales de la realización de conductas anticompetitivas prohibidas), las autoridades de defensa de la competencia pueden imponer medidas cautelares que preluen alguno de los remedios de la resolución final⁴⁶. La necesidad y urgencia de evitar que la perturbación anticompetitiva continúe y la demora que puede experimentar la investigación por las autoridades de competencia abogan por otorgarles la potestad de aprobar medidas provisionales⁴⁷.

27. Para ello ha de tratarse de medidas accesorias al procedimiento principal, la accesoriedad de las medidas cautelares supone que los remedios que provisionalmente se adopten han de tener necesaria-

en términos justos, razonables y no discriminatorios (FRAND). Véase *Final Order (24 Julio de 2013), Motorola Mobility LLC & Google Inc., FTC File No. 121-0120*, 5. En general, críticamente sobre este exceso y los riesgos de propagación y contagio del error de una jurisdicción derivados de esta extraterritorialidad, KOREN WONG-ERVIN/ B. H. KOBAYASHI/ D. H. GINSBURG / J. D. WRIGHT "Extra-jurisdictional remedies involving patent licensing" (2016) *Competition Policy International* (Diciembre), pp. 7-8.

⁴³ Lo que puede ocurrir con mayor frecuencia en los mercados y en las transacciones en internet, pero véase J. GOLDSMITH / T. WU *Who controls the Internet? Illusions of Borderless World*, 2006, pp. 155 ("whichever nation's law ends up applying to transnational activity will inevitably have indirect effects in another state"), 156 ("A government's responsibility for redressing local harms caused by a foreign source does not change because the harms are caused by an Internet communication. Cross-border harms that occur via the Internet are not any different than those outside the Net. Both demand a response from governmental authorities charged with protecting public values") y 161 ("When corporate activity causes cross-border harm, nations can, and will, assert their regulatory authority. The threat of multiple regulatory exposure will not, as many have histrionically claimed, destroy the Internet. Firms will have to filter content geographically to comply with local law for only a small fraction of their communications. This will impose costs on multinational Internet firms, which will have to adjust to this cost of business just as real-space multinationals do. In light of the Internet's many efficiencies, this cost will be trivial in the long run").

⁴⁴ Sobre las medidas cautelares decididas por la Comisión Europea, véase artículo 8 del Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOL de 4 de Enero de 2003) y Auto del TJUE de 17 de enero de 1980 (*Camera Care c. Comisión*, As. 792/79R ECLI:EU:C:1980:18). Las concede excepcionalmente (el precepto aún no se ha aplicado en su formulación actual) y prefiere que sean las autoridades nacionales de competencia y los jueces nacionales los que lo hagan, véase R. WHISH / D. BAILEY *Competition Law*, 8ªed. 2015, p. 268. Ampliamente, véase J.-Y. ART "Interim relief in EU Law: A matter of relevance" (2015) *Italian Antitrust Review* 1, pp. 55-72 (la mayoría de las concedidas, bajo la vigencia del Reglamento 17/1962, conceden el acceso a infraestructuras esenciales).

⁴⁵ LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 610.

⁴⁶ Véase artículo 54 LDC y artículos 40 y 41 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia-RDC (BOE50 de 27 de Febrero de 2008). El incumplimiento de las medidas cautelares podrá ser sancionado con multas coercitivas [arts. 67.g) LDC y 41.6 RDC]. Véase R. FERNÁNDEZ FLORES "Medidas cautelares en los Procedimientos Sancionadores ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia", WP SSRN, 30 de abril de 2014.

⁴⁷ Véase FD3º de la RCNC de 7 de mayo de 2008 (MC/0001/08 *Residuos sanitarios 2*, ponente F. Torremocha), porque la vigencia del pacto de no competencia cuya legalidad se discute no se prolongue mucho respecto del plazo final de tramitación del expediente y, además, "durante el tiempo de la tramitación del expediente está prevista la adjudicación de varios concursos públicos a los que, de mantenerse vigente el pacto de no competencia (y las indemnizaciones pactadas por eventual incumplimiento), el denunciante no se podrá presentar con el consiguiente perjuicio a la lucha competitiva (y, por ello, al interés público encomendado a la administración que convoca el concurso) como bien jurídico tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia".

mente relación con lo que se decide en aquel, sin extenderse a cuestiones diferentes⁴⁸. Su accesoriadad también se manifiesta en que su contenido no suponga en sí el enjuiciamiento del fondo del procedimiento sancionador incoado, que sólo será posible tras la tramitación de todo el expediente⁴⁹. Además, el carácter preliminar de las medidas cautelares supone que para su adopción no sea necesario que la calificación jurídica de la infracción que se investiga sea precisa⁵⁰.

28. Con carácter general, la adopción de estos remedios cautelares se decide por la autoridad de defensa de la competencia a solicitud de parte (normalmente del denunciante, interesado en el cese de una conducta o en la obligación de forzar al denunciado a cierto comportamiento) y, en la práctica, suponen la imposición provisional a los operadores investigados de condiciones destinadas a asegurar la decisión de la autoridad, preservando la competencia o evitando que se verifiquen efectos negativos en el mercado de las conductas que se investigan⁵¹. La toma en consideración del interés de los consumidores y del interés público en la liberalización de un determinado mercado también puede llevar a la concesión de medidas cautelares⁵².

29. Las medidas cautelares son excepcionales y se suelen adoptar en condiciones de urgencia⁵³, con eficacia temporal limitada hasta la adopción de la decisión final por la autoridad. En efecto, no

⁴⁸ FD2º de la RTDC de 24 de febrero de 1997 (MC19/96 AENOR, ponente Luis Berenguer): “*ha de significar igualmente que las medidas cautelares deben estar en relación con aquello que se dilucida en el expediente principal, pues de no ser así se les concedería a las medidas cautelares una sustantividad que habría de resultar improcedente. Ha de entenderse en consecuencia que para que no exista una infracción del principio de accesoriadad las medidas cautelares no pueden versar ni extenderse a cuestiones diferentes a las que se refiere el expediente principal*”. En el caso una de las medidas propuestas (la suspensión de la aplicación de las normas que reducen el diámetro del alambrión) no guardaba relación con la cuestión debatida en el procedimiento principal (barreas de entrada impuestas por AENOR y el Comité de Certificación).

⁴⁹ No procede la medida cautelar si su concesión prejuzga el fondo de la decisión final, véanse FD3º de RTDC de 21 de marzo de 2002 (MC 34/02 FEDIFAR, ponente J.J. Franch) y RTDC de la ACCO de 26 de octubre de 2016 (MC6/2016 Taxi-metros, ponente J.Mª Arauzo).

⁵⁰ Como ocurrió en la RTDC de 30 de Mayo de 2006 (MC 35/06 Excursiones Puerto de Sóller, ponente J. Costas) que, por la denuncia de Tramontana, S.A. de presiones sobre determinadas agencias consistentes en la subordinación de horarios y plazas en el ferrocarril de Sóller a la contratación del trayecto en barca de la excursión “Vuelta a la Isla” con “Barcos Azules”, ordenó a Ferrocarril de Sóller, S.A. y a Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. a que cesasen en su conducta de subordinar la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren en el tramo ferroviario de la excursión “Vuelta a la Isla” a la contratación del tramo en barco con la naviera Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (“Barcos Azules”). Se discutía si se trataba de una infracción del artículo 1 o del artículo 6 de la LDC. La resolución fue confirmada en todos sus extremos por SAN de 7 de marzo de 2008 (ponente M. Pedraz, ECLI: ES:AN:2008:695). La RTDC de 6 de abril de 2007 (611/06 Excursiones Puerto de Sóller, ponente J. Costas, voto particular de F. Torremocha) confirmó el orden de cese en esa conducta tras estimar que la conducta constituía un abuso de posición dominante (desde su posición de concesionaria en exclusiva de la línea de ferrocarril de servicio público Palma-Sóller-Puerto de Sóller). La STS de 6 de Marzo de 2012 (ponente M. Campos, ECLI: ES:TS:2012:1650) anuló la resolución. Por otro lado, la RCNC de 8 de junio de 2008 (633/07 Creuers de Sóller, ponente Mª J. González) condenaría tanto a Tramontana S.A. como a Excursiones Puerto de Sóller, S.A. por un acuerdo de reparto de mercado.

⁵¹ Véase FD3º de la RCNC de 24 de febrero de 2013, MC/0007/12 Criadores de Caballos, ponente I. Gutiérrez: “*las medidas cautelares pueden ser anticipatorias de la Resolución y no meramente conservativas. Es decir, aquéllas que tratan de provocar la satisfacción anticipada de la pretensión sin tener que esperar al fallo definitivo. “En estos casos el peligro de mora no es tanto el riesgo de que se sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil, como sería predicable de aquellas medidas puramente conservativas, sino de poner fin a un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño aumente...”* (cita omitida).

⁵² FD2º de RCNC de 26 de Junio de 2012 (MC/006/12 Tanatorios de Coslada SAMAD 12/2010, ponente Mª J. González): “*se procura que los usuarios de las salas del tanatorio del municipio de Coslada tengan unos servicios adecuados mientras dure la instrucción del expediente de referencia, al mismo tiempo que se garantiza el cumplimiento de la normativa vigente estatal en materia de liberalización de los servicios funerarios*”, obligando a la empresa gestora del tanatorio de Coslada (Mémora) a abstenerse de denegar la utilización de la sala velatorio a cualquier empresa autorizada a la prestación de servicios funerarios aunque no tengan licencia del Ayuntamiento de Coslada.

⁵³ La brevedad prevista en el procedimiento de resolución de las medidas cautelares y para su eventual revisión es muestra clara de la urgencia que las inspira, véanse los plazos tasados de tramitación y decisión (incluyendo el silencio negativo) en los arts. 41.1 a 41.4 del RDC. La derogada Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (BOE170 de 18 de Julio de 1989) era más rotunda y detallada en este punto, previendo expresamente una duración máxima de 6 meses (art. 45.6) y la posible revisión de las mismas (art. 45.5), véase FD5º, 7º y 8º de RTDC de 27 de julio de 1998 (MC27/98 Igualatorio Médico Vizcaya, ponente L. Berenguer). La vigente regulación fija la duración máxima en la fecha de adopción de la resolución que ponga fin al procedimiento, conservando la facultad de revisión de las mismas (art. 41.5 del RDC).

tienen vocación de permanencia, ya que por definición se conciben como provisionales. Esta provisionalidad se manifiesta tanto en su duración limitada en el tiempo como en la posibilidad de que sean modificadas porque varíen las condiciones que motivaron su adopción.

30. Al margen del necesario interés público⁵⁴, la adopción de medidas cautelares requiere la apariencia de la existencia de la conducta anticompetitiva prohibida (*fumus delicti commissi*)⁵⁵, un derecho aparente de la víctima de la infracción (*fumus boni iuris*)⁵⁶ y un perjuicio grave e irreparable para la competencia en el mercado que se derive de la aparente infracción (*periculum in mora*)⁵⁷. Si el perjuicio no es irreparable, las autoridades de competencia denegarán la medida solicitada⁵⁸.

31. Asimismo, como una manifestación del necesario equilibrio con los derechos de las partes investigadas por las autoridades de defensa de la competencia, que han de respetarse en la utilización de este instrumento; en ningún caso se pueden adoptar medidas cautelares que ocasionen un perjuicio irreparable o impliquen violación de derechos fundamentales⁵⁹.

32. Las medidas cautelares persiguen mantener el *status quo* precedente⁶⁰: están dirigidas a ase-

⁵⁴ Véase FD4º de la RCNMC de 18 de mayo de 2017 (MC/004/16 ICAM Colegiación, sin ponente): “En el supuesto que nos ocupa [...]no se desprende que la conducta denunciada pudiese afectar a un colectivo de personas, en concreto a otros abogados de Madrid que hayan solicitado la colegiación en las mismas circunstancias que el denunciante, sino que podría tratarse de un específico conflicto inter partes entre el concreto denunciante y el ICAM denunciado que podría resolverse por las instancias jurisdiccionales oportunas”. Aunque, como dice el FD3º de la RTDC de 18 de julio de 1996 (MC10/96 Airtel/Telefónica, ponente J.M. Fernández) “si el acto es contrario al interés público de la competencia y afecta a su vez intereses privados, también resultarán protegidos éstos”.

⁵⁵ “[B]asta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, sean ciertas y constituyan infracción de la LDC” (FD3º de la RCNC de 24 de febrero de 2013, MC/0007/12 Criadores de Caballos, ponente I. Gutiérrez). Lo que no ocurre, en cambio, cuando la medida solicitada se refiere a actuaciones que no suponen una posible vulneración de la LDC (RCNMC de 26 de Noviembre de 2015, MC/AJ/002/15 Madrid City Tour, sin ponente). La exigencia legal radica en la “verosimilitud o posibilidad a partir de la información de que se dispone en el expediente sancionador y en el accesorio de medidas cautelares, sin que se pueda pretender que exista prueba de la misma sin ningún género de dudas; es decir, debe existir una cierta seguridad respecto de la existencia de los hechos denunciados y de su aparente prohibición por la LDC, siendo la libre competencia en el mercado el derecho objeto de la tutela cautelar” (FD3º de RTDC de 30 de mayo de 2006, MC 35/06 Excursiones Puerto de Sóller, ponente J. Costas).

⁵⁶ Véase, por ejemplo, FD3º de RTDC de 27 de julio de 1998 (MC27/98 Igualatorio Médico Vizcaya, ponente L. Berenguer).

⁵⁷ A contrario véanse FD2º de la RCNC de 30 de Septiembre de 2009 (MC004/09 Mediapro/Sogecable, ponente P. Sánchez) y FD2º de la RCNC de 9 de Marzo de 2010 (MC/005/10 COAPI, ponente J. Costas). Lo que ocurrirá por ejemplo si se cierra el mercado por completo como efecto de la práctica anticompetitiva investigada y la conducta imputada en el expediente sancionador principal continúa produciéndose con lo que procede adoptar medidas que preserven la eficacia de la resolución que en su momento se dicte (FD3º *in fine* de la RCNC de 24 de febrero de 2013, MC/0007/12 Criadores de Caballos, ponente I. Gutiérrez). Sin embargo, una vez se adopten medidas que eviten el cierre del mercado: “lo que no puede pretender [el denunciante/solicitante] es obtener en un procedimiento sancionador o cautelar la adopción de medidas que garanticen su contratación, pues esta debe ser decisión de los operadores que libremente actúan en el mercado” (FD3º de la RCNMC de 30 de Abril de 2014, MC/DC/001/14 Criadores de Caballos 2, sin ponente).

⁵⁸ “Aunque la no adopción de medidas cautelares podría suponer un perjuicio para la parte denunciante, no supondría necesariamente la expulsión del mercado. Por lo tanto, los efectos de la conducta que se está valorando no serían en absoluto irreparables y no se cumpliría uno de los requisitos esenciales del *periculum in mora*” [FD5º de la RTDC de la ACCO de 26 de Octubre de 2016, MC/6/2016 Taxímetros, ponente J.Mª Arauzo]. Igualmente, la entrada de la compañía afectada en situación concursal no es necesariamente un perjuicio irreparable, aunque puede serlo si impide el desarrollo de una actividad económica [¶2 del Auto del Presidente del TJUE de 14 de Diciembre de 1999, Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG et al. c. Comisión CE, C-335/99(R), ECLI:EU:C:1999:608]. La negativa de la medida cautelar de permitir participar una feria, cuando el rechazo a participar en la feria había sido denunciado por ser anticompetitivo, no supone una expulsión del mercado del operador o un compromiso económico irreparable, dado que este no es más que uno de los múltiples instrumentos de promoción que la empresa tiene a su alcance [véase RTDC de la ACCO de 3 de mayo de 2011 (MC3/2011 Patronato Ferias de Mollerusa, ponente A. Matas)].

⁵⁹ Véase Artículo 40.2 del RDC (“no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales”). Así sobre el carácter desproporcionado de las medidas solicitadas, véase RTDC de 24 de Julio de 1997 (r216/97 Transformadores Eléctricos, ponente J. Hernández).

⁶⁰ Así, por ejemplo, pueden imponer la suspensión del acuerdo cuya legalidad se discute en el procedimiento sancionador (RCNC de 30 de junio de 2008 (MC 002/2008 Vinos de Jerez, ponente E. Conde), ordenar provisionalmente el cese de la vigencia del pacto de no competencia firmado con el denunciante que, de aplicarse, supondría la imposibilidad de que se presentase

gurar la eficacia de la resolución final, no a aumentarla⁶¹. Obviamente, en tanto que suponen un adelanto de algunos de los remedios que la autoridad de competencia puede decidir en su resolución final, las medidas cautelares han de cumplir las mismas condiciones de adecuación, necesidad y proporcionalidad que los remedios obligacionales (*infra* §IV.5.B)⁶².

IV. La cesación de la conducta prohibida

33. Cuando el resultado de la investigación de las autoridades de defensa de la competencia es la detección y prueba de la comisión de una conducta anticompetitiva prohibida, la decisión final de la autoridad declarará la existencia de infracción. La orden de cese y desistimiento es de carácter declarativo: la autoridad constata que ha habido infracción y este es el punto de partida del resto de los posibles remedios o consecuencias previstas en la ley⁶³.

34. La declaración de infracción se acompañará siempre, cuando la conducta prohibida continuara realizándose, del mandamiento conminatorio para la cesación de la misma⁶⁴. Se trata, de una poderosa herramienta en manos de la autoridad de defensa de la competencia que, a través de una declaración negativa, impone al infractor la obligación inmediata de no continuar con una conducta prohibida que se ha acreditado que había realizado o que sigue realizando en la actualidad⁶⁵. Naturalmente, las autoridades de defensa de la competencia tienen discrecionalidad para postergar la ejecución de la orden

a los concursos que se convocaran (véase RCNC de 7 de mayo de 2008, MC/0001/08 Residuos sanitarios 2, ponente F. Torremocha), suspender la vigencia de cláusulas de exclusividad que pueden suponer una conducta prohibida (véase Resolución del Jurado Extremeño de Defensa de la Competencia de 11 de abril de 2013, MC/001/2013, JDCE/S/01/2013, ponente J. Bardaji). Igualmente, dentro de la investigación de un posible acuerdo entre las distribuidoras para dificultar la competencia en el mercado de suministro eléctrico, la suspensión por parte de las distribuidoras de la gestión de las solicitudes de baja en los meses de Junio y Julio de 2009, cuando la tarifa de último recurso (TUR) entraba en vigor el 1 de Julio “*dificulta considerablemente esa posible captación de clientes por las comercializadoras, obstaculizando con ello la competencia en el mercado. La importancia del momento temporal hace necesario que las distribuidoras reanuden ese servicio de forma inmediata*” y ello motivó que la CNC ordenara la interrupción de esas prácticas y de cualquier otra que obstaculizara el cambio de suministrador (FD3º de la RCNC de 1 de julio de 2009, MC/0003/09, ponente M. Cuerdo).

⁶¹ Véanse RTDC de 6 de abril de 2000 (MC31/00 SIGESA, ponente M. Comenge) –que modifica las medidas concedidas por la RTDC de 22 de mayo de 2000 (MC31/00 3M/Sigesa, ponente M. Comenge)– y FD3º de RTDC de 17 de diciembre de 1997 (24/97 Ambulancias Gerona, ponente F. Bermejo).

⁶² Y así parece que los cumple la medida cautelar consistente en el cese por parte del investigado de aquellas comunicaciones que pudieran ser anticompetitivas, pero no ocurre lo mismo con la obligación adicional impuesta al Colegio de Farmacéuticos de comunicar en su página web la incoación del procedimiento (FD3º de la RCNMC de 14 de abril de 2014 (MC/0008/13 Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos, sin ponente). Igualmente, se considera desproporcionada la medida propuesta de inaplicar las penalidades por resolución anticipada de los contratos de prestación del servicio de transporte y difusión de señal de TDC (de larga duración) incluidas por Abertis en 2006 (que constituirían un intento de cierre del mercado nacional de servicios portadores de señal audiovisual) porque “*ocasiona una transformación del mercado de referencia de tal alcance que la evolución del mercado sería imposible de invertir posteriormente en el caso de no prosperar la denuncia que ha dado origen al procedimiento principal, sin posibilidad de resarcir, en su caso, los perjuicios derivados de la ejecución de la medida mediante la fianza correspondiente, que en este caso no procede por imperativo de la LDC (art. 45.1), al haber sido solicitada por el Servicio de oficio*” (FD4º de la RTDC de 2 de octubre de 2006, MC/0036/2006 Abertis/Axion, ponente A. Frago).

⁶³ De acuerdo con el art. 53.1 de la LDC las resoluciones declarativas de las autoridades de defensa de la competencia pueden ser tanto positivas como negativas, en función de cuál sea el resultado de la investigación desarrollada. La declaración negativa puede ser tanto porque faltara la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad de las conductas que exigen las prohibiciones de conductas anticompetitivas de la LDC y el TFUE. Véase E. A. PALACIOS PAREJA / M. Á. LUQUE OYARCE “Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: La experiencia peruana” (2008) *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, p. 437 (“*la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita una orden de cese*”).

⁶⁴ La orden de cesación no procede si la infracción ya ha cesado, pero incluso en tal caso, la autoridad podrá acompañar la declaración de la infracción del mandato o la intimación al infractor de abstenerse de reiniciar o repetir la conducta prohibida en el futuro.

⁶⁵ Véase E. CAVANAUGH “Antitrust Remedies Revisited” (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 152 (para quien “*The principal enforcement weapon in the FTC arsenal is the cease and desist order*”) y RITTER (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 391.

de cesación, retrasando su efectividad si la inmediatez fuere imposible, resultara excesivamente gravosa para el obligado o fuese o perjudicial para el mercado⁶⁶.

35. En primer lugar, en un plano formal, la cesación busca detener la infracción, restableciendo la legalidad, pero puede tener diversas manifestaciones en función del caso concreto. En sentido estricto la cesación supone la paralización de la conducta prohibida, ordenándose que no continúe o se repita en el futuro. La orden de cesación suele comprender también cualesquiera otras similares con el mismo objetivo o que produzcan igual resultado⁶⁷. También supondrá la prohibición de que se pongan en práctica aquéllos acuerdos que todavía no se han ejecutado pero que constituyen la realización de una conducta anticompetitiva prohibida.

36. En segundo lugar, desde una perspectiva material, la cesación persigue poner fin a la distorsión o falseamiento de la competencia que supone la ejecución de la conducta prohibida. Para ello, la efectividad de la orden de cesación requerirá que se trate de conductas anticompetitivas que han producido efectos reales en el mercado (aunque si la conducta no ha producido efectos es posible que se imponga una orden de cese preventiva). En tal caso, la cesación comprende también la orden de terminación de sus efectos que pudieran subsistir, a pesar de que la infracción hubiera cesado ya⁶⁸. Se busca, de alguna manera, el retorno a las condiciones de competencia en el mercado previas a la infracción. Y eso ocurre sólo en cierto modo, porque la efectiva cesación de la conducta prohibida y la restauración de las condiciones de competencia en el mercado puede requerir que el infractor rectifique en su comportamiento (v.gr., cuando hubiera realizado determinadas comunicaciones comerciales o anuncios publicitarios), pero entonces se tratará más bien de la imposición de obligaciones positivas de rectificación o de remoción de los efectos de la infracción (*infra* §VI.5.B.b y §V). Adicionalmente, el contenido de la orden de cesación variará en función de cada específica conducta anticompetitiva que busque corregirse, y puede suponer una obligación de hacer o de no hacer en distintos casos⁶⁹.

37. El quebrantamiento de la orden de cesación podrá suponer la imposición de una multa coercitiva hasta que la orden se cumpla, sin perjuicio de que las autoridades de competencia puedan adoptar otras medidas para instar y asegurar la ejecución forzosa de la orden⁷⁰.

V. La imposición de remedios obligacionales

38. La CNMC y las autoridades autonómicas pueden imponer al infractor obligaciones para remediar la situación que la infracción genera en el mercado⁷¹. Se trata de remedios distintos y que van

⁶⁶ Así, cuando se estimó que la venta por la LNFP de los derechos televisivos se había hecho con infracción del art. 1 de la LDC, la RTDC de 10 de junio de 1993 (319/92 *Fútbol por TV*, ponente C. Alcaide), confirmada por STS de 9 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3945, ponente F. Ledesma), defirió la orden de cese a la temporada siguiente (“*al finalizar la temporada 1993/1994*”).

⁶⁷ Véase ¶1254 de STGUE (Sala 3ª ampliada) de 20 de abril de 1999, *LVM et al. v. Comisión*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, ECLI:EU:T:1999:80 (“*la Comisión puede prohibir, cara al futuro, cualquier acuerdo o práctica que tenga un objeto idéntico o similar al del comportamiento cuya existencia se declara en la Decisión*”).

⁶⁸ Véanse ¶94 STJUE (Sala Quinta) de 4 de marzo de 1999, *UFEX, DHL International y Service CRIE v. Comisión CE y May Courier*, C-119/97P (ECLI:EU:C:1999:116, ponente M. Wathelet); ¶155 STJUE (Sala Quinta) de 3 de julio de 1992, *AKZO Chemie BV v. Comisión*, C-62/86 (ECLI:EU:C:1991:286).

⁶⁹ Véase PALACIOS / LUQUE (2008) *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, p. 437-438.

⁷⁰ Véanse Arts. 67.a) de la LDC [multa de €12.000 al día] y 24.1.a) del Reglamento 1/2003 [multa de hasta un 5% del volumen de negocios diario]. Véase, por ejemplo, Decisión de la Comisión Europea de 27 de febrero de 2008 (COMP/C.3/37.792 *Microsoft*) que fija ese importe en €899 millones. Obviamente, la orden de cesación puede considerarse también una obligación de comportamiento que se impone al infractor (*infra* §V.5.B), véase HELLSTRÖM/ MAIER-RIGAUD / WENZEL BULST (2009) *Anti-trust Law Journal* 76, p. 45.

⁷¹ Sobre la experiencia de las autoridades de competencia en España, DIEZ ESTELLA en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, pp.129-133. Sobre la experiencia en Perú (INDECOPI y OSIPTEL), véase PALACIOS / LUQUE (2008) *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, p. 440-449.

más allá de la orden de cesación⁷², aunque constituyen una prolongación del objetivo de la autoridad de competencia de poner fin a la situación anticompetitiva que ha motivado su intervención⁷³.

39. Este tipo remedios se utiliza también, aunque allí con finalidad y carácter profiláctico, en los procedimientos de control de concentraciones, en los que la autoridad que examina una operación de concentración (una fusión, una adquisición de empresas o la creación de una filial conjunta) puede emplearlos como condición para autorizar que la operación se lleve a cabo⁷⁴. En efecto, a diferencia de los remedios en sede de concentraciones, que buscan prevenir una infracción futura, aquí se trata de infracciones constatadas (en muchos casos con víctimas perjudicadas).

40. Un adecuado análisis de las obligaciones que puedan imponerse al presunto infractor en la decisión final de las autoridades de defensa de la competencia arranca del carácter coercitivo de estas medidas independientemente del contexto en el que se adopten (*infra* §V.1). A continuación, debe distinguirse entre los remedios curativos y los preventivos (*infra* §V.2), examinando las infracciones que más frecuentemente suelen suscitar su imposición (*infra* §V.3). La imposición de remedios de naturaleza cuasi-regulatoria supone una aplicación exorbitante de las prohibiciones de conductas anticompetitivas que puede resultar problemática (*infra* §V.4). Después, cabe plantearse diversas cuestiones comunes relativas a la formulación y diseño de los remedios obligacionales (*infra* §V.5) y al control del cumplimiento de los mismos (*infra* §V.6). Finalmente, puede analizarse más específicamente la praxis seguida por las autoridades de competencia sobre las obligaciones estructurales (*infra* §V.5.A) y de comportamiento (*infra* §V.5.B).

1. Remedios convencionales vs. Remedios coercitivos

41. Los remedios obligacionales son medidas afflictivas o coercitivas para el infractor, aunque muchas veces sean el resultado de un acuerdo de terminación convencional con las empresas y generalmente recojan a las propuestas voluntariamente presentadas por los operadores investigados⁷⁵. En la medida que esto ocurra, muchas decisiones de las autoridades de competencia que imponen estos remedios obligacionales se han adoptado como conclusión una terminación convencional, que cierra el expediente sin declaración de la infracción ni imposición de sanción. Las autoridades de competencia

⁷² Véase I. LIANOS “Competition Law Remedies in Europe” en I. LIANOS / D.GERADIN (eds) *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, 2013, p. 370.

⁷³ Lo que se observa bien a las claras en el art. 7.1. del Reglamento 1/2003 que establece que la Comisión, para poner fin a la infracción constatada: “*A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural*”. Durante la vigencia del Reglamento (CE) 17/1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO13 de 21 de febrero de 1962), la posibilidad de imponer remedios alternativos a la multa se entendió comprendida en su artículo 3 (“*puede obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada [...] puede incluir un mandato de realizar ciertas acciones o proporcionar ciertos beneficios que habían sido ilegalmente retenidos*”), véanse ¶¶45 y 46 de la STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corp. v Comisión*, as. 6 y 7/73 (ECLI:EU:C:1974:18) que confirma la imposición por la Comisión de una obligación de venta que remediaba una negativa de suministro anticompetitiva.

⁷⁴ Aunque en sede de control de concentraciones el carácter predictivo (especulativo) de la evaluación *ex ante* de la autoridad de competencia acentúe su componente prospectivo y pro futuro. Excepcionalmente, cuando la operación de concentración pueda obstaculizar el “*mantenimiento de mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional*” (art. 10.1 de la LDC), las autoridades de competencia pueden prohibir su realización (art. 58.4 de la LDC) y se evita de ese modo el perjuicio a la competencia.

⁷⁵ Véanse arts. 52 de la LDC y art. 39 del RDC y artículo 9 y considerando 13 del Reglamento 1/2003 (“*Cuando en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, las empresas propongan a la Comisión compromisos que superen las inquietudes de ésta, conviene que la Comisión pueda mediante decisión, convertir tales compromisos en obligatorios para las empresas afectadas. Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe. Las decisiones relativas a los compromisos se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso. No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa*”). Para LIANOS [en *Handbook on European Competition Law*, pp. 449-450] la distinción entre remedios voluntarios y coercitivos es artificial.

deberían evitar el recurso a la vía convencional en aquéllos casos que hubieran detectado infracciones graves o reincidentes, cuando consideren necesario clarificar su posición sobre ciertas conductas anti-competitivas o deseen facilitar las reclamaciones de daños por las víctimas⁷⁶.

42. Obviamente, la participación de las empresas afectadas (del presunto infractor y de otros competidores e interesados que puedan formular observaciones en el marco del proceso de terminación convencional⁷⁷) enriquece la decisión final adoptada por la autoridad y los remedios obligacionales que finalmente se adopten, proporcionando información sobre las medidas necesarias para restablecer la competencia y prevenir infracciones futuras y las dificultades de implementación que pudieran existir en cada caso.

43. La asunción voluntaria de los remedios obligacionales por el presunto infractor no exime a las autoridades de la necesidad de evaluar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las obligaciones impuestas. Sin embargo, la aquiescencia y consentimiento del presunto con las obligaciones impuestas, que las asume voluntariamente a cambio de no ser declarado infractor, atenúan las exigencias de necesidad y proporcionalidad y el potencial nivel de escrutinio judicial⁷⁸.

44. En los últimos tiempos, la asunción por la Comisión Europea de los compromisos voluntarios propuestos por las empresas constituye una salida frecuente en los procedimientos incoados por conductas unilaterales anticompetitivas⁷⁹, lo que se explica por la dificultad de acreditar y probar la infracción y su daño al mercado⁸⁰, aunque esto tenga un impacto negativo en el desarrollo de una doctrina sólida y estable sobre la prohibición del abuso de dominio⁸¹. Sin embargo, el empleo de la vía de los compromisos reduce la exigencia de proporcionalidad, y facilita la adopción de remedios que la Comisión no podría haber impuesto por la vía estrictamente coercitiva⁸². El problema de estos eventuales remedios exorbitantes y desproporcionados, que solo son posibles en el marco de una terminación

⁷⁶ Véase LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 602.

⁷⁷ Véanse Arts 39.2 y 4 del RDC; ¶38 de la Comunicación de la CNC de 28 de septiembre de 2011 sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores y ¶¶129-131 y 133 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE (DOC308 de 20 de Octubre de 2011).

⁷⁸ Véase ¶41 de la STJUE(Gran Sala) de 29 de junio de 2010, C-441/07P (*Comisión v. Alrosa*, ECLI:EU:C:2010:377, ponente K. Schieman): “La aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Comisión en el contexto del artículo 9 del Reglamento n° 1/2003 se reduce a una verificación de que los compromisos propuestos responden a las inquietudes de las que ella informó a las empresas afectadas y de que estas últimas no han propuesto compromisos menos gravosos que respondan de un modo igualmente adecuado a tales inquietudes...”. Véanse F. P. MAIER-RIGAUD “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law” en P. LOWE, M. MARQUIS / G. MONTI (eds) *European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law*, 2016, p. 213; LIANOS en *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, pp. 443-448 y F. WAGNER-VON PAPP “Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: The Dangers of Abandoning the “Struggle for Competition Law” (2012) *Common Market Law Review* 49: p. 943.

⁷⁹ Sobre el creciente apoyo de la Comisión Europea en los remedios que reproducen obligaciones propuestas por las empresas, lo que explica su tendencia cuasi-regulatoria (*infra* §V.4), véase C. DECKER *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, 2009, 142.

⁸⁰ Véase M. MARINIELLO “Commitments or Prohibition? The EU Antitrust Dilemma” *Bruegel Policy Brief* 2014/01; Y. BOTTEMAN / A. PATSA “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases” (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, p. 352 (“EC may have, therefore, found in commitment proceedings a convenient way to circumvent the economic complexity and resource-intensive fact-gathering inherent to infringement actions”).

⁸¹ Véase P. AKMAN “The Reform of the Application of article 102 TFEU: Mission Accomplished?” (2016) *Antitrust Law Journal* 81, pp. 162, 170 y 202-203.

⁸² Véase ¶48 de la STJUE de 29 de junio de 2010, C-441/07 P (*Comisión v. Alrosa*): “Las empresas que proponen compromisos al amparo del artículo 9 del Reglamento n° 1/2003 aceptan conscientemente la posibilidad de que sus concesiones sobrepasen lo que la propia Comisión habría podido imponerles en una decisión adoptada por dicha institución con arreglo al artículo 7 de dicho Reglamento tras un minucioso examen. En contrapartida, el cierre del procedimiento de infracción abierto contra estas empresas les permite evitar la constatación de una violación del Derecho de la competencia y la eventual imposición de una multa”. Véase también BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, pp. 354 y 361-363 y WAGNER-VON PAPP (2012) *Common Market Law Review* 49, p. 967 (“The Commission’s discretion in devising more “creative” remedies in the infringement procedure would still be subject to Court control, whereas Alrosa has practically eliminated all such control in the commitment procedure”).

convencional, es que desincentiven comportamientos pro-competitivos de los operadores, produciendo efectos negativos en el bienestar social y en el bienestar de los consumidores⁸³.

2. Remedios curativos vs. Remedios preventivos

45. Cuando la infracción distorsiona las condiciones de competencia en el mercado, la imposición de obligaciones al infractor puede ser necesaria y servir al propósito de restaurar la competencia y como tratamiento terapéutico frente a las conductas anticompetitivas declaradas. En tal caso, se trata de remedios curativos, que eliminan las distorsiones a la libre competencia. La eliminación de la distorsión a la competencia puede ir acompañada de medidas de restauración del orden concurrencial libre, para evitar que los consumidores queden expuestos a la reducción en las condiciones de competencia derivadas de la conducta del infractor⁸⁴.

46. De otro lado, las obligaciones impuestas también pueden tener un propósito profiláctico si buscan prevenir o evitar las infracciones futuras cuando existan circunstancias en el mercado que puedan favorecer esas prácticas anticompetitivas⁸⁵. Desde esta perspectiva, el carácter disuasorio frente al infractor de estos remedios resulta evidente. Por ello, puede consistir en la imposición de obligaciones específicas al infractor destinadas a evitar que el infractor realice de nuevo la conducta prohibida o cualesquiera otras que faciliten la comisión de la infracción⁸⁶. El propósito preventivo de este tipo de remedios hace que exista una mayor discrecionalidad en su diseño y configuración frente a los remedios curativos o terapéuticos, aunque obviamente sigan existiendo límites⁸⁷.

3. Infracciones que suelen conllevar la imposición de remedios obligacionales

47. Cualquier infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas puede motivar la imposición de obligaciones por la CNMC o por las autoridades autonómicas de defensa de la competencia dentro del correspondiente procedimiento sancionador. En la práctica, sin embargo, es poco frecuente que se impongan este tipo de obligaciones frente a la infracción de la prohibición de conductas anticompetitivas plurilaterales (arts. 1 LDC y 101 TFUE). Los pocos casos en los que esto ha ocurrido se refieren a restricciones verticales⁸⁸. Ocasionalmente también se han impuesto en aplicación de la prohibición de ilícitos desleales de relevancia antitrust (art. 3 LDC)⁸⁹.

⁸³ En tal caso, se trata de un mal uso de la terminación convencional, como denuncian D. H. GINSBURG / J. D. WRIGHT "Antitrust Settlements: The Culture of Consent" en E. RAMUNDO / N. CHARBIT (eds.) *William E. Kovacic. An Antitrust Tribute Liber Amicorum*, 2012, p. 179. Desde otra perspectiva, igualmente crítico WAGNER-VON PAPP (2012) *Common Market Law Review* 49, pp. 950 ("In the extreme case, there may be a danger of unwittingly imposing remedies that are themselves anticompetitive", cita omitida) y 955 ("If the commitments prohibit conduct that would otherwise be permissible under competition law, then the commitments restrict the range of options available to the undertakings bound by these commitments – and the restriction of otherwise legitimate business conduct may in itself amount to a restriction of competition" cita omitida).

⁸⁴ Véase OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 21.

⁸⁵ Para restaurar las condiciones de competencia en el mercado, es necesario mirar hacia el futuro, véase W. K. TOM / G. F. WELLS "Raising Rivals' Costs: The Problem of Remedies" (2003) *George Mason Law Review* 12, p. 404 ("it is forward-looking, it must take into account the evolution of the market between the time the violation occurred and the time the remedy is being entered, as well as the likely future course of the market").

⁸⁶ Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, p. 379.

⁸⁷ Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, p. 435.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, resuelve 5º de la RCNC de 30 de julio de 2009 (652/07 *Repsol/Cepsa/BP*, ponente P. Sánchez).

⁸⁹ Por ejemplo, frente a la publicación de anuncios e informaciones que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para lo demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, véase RTDC de 12 de noviembre de 2002 (531/02 *Intermediación Inmobiliaria*, ponente J. Huerta), aunque la multa impuesta fue anulada por diversas sentencias por falta de culpabilidad por SSTS de 18 de junio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3206, ponente F. Ledesma); de 20 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:19, ponente O. González); de 1 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3653, ponente J. M. Bandrés) y de 25 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6202, ponente O. González), se mantuvieron las "restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectual no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia" (en estas dos últimas sentencias, FJº5 *in fine* y FJº3 *in fine*, respectivamente). Análoga es la RTDC de 30 de

48. En cualquier caso, la mayoría de las obligaciones de estructurales y de conducta se imponen en procedimientos por infracción de la prohibición de conductas anticompetitivas unilaterales: abuso de posición dominante (art. 2 LDC y 102 TFUE)⁹⁰. La cantidad de procedimientos incoados por la infracción de la prohibición de abuso de posición de dominio que concluyen sin sanción pero con la imposición de un remedio obligacional (que frecuentemente se adopta como compromiso en una terminación convencional) es muy elevada. Las características específicas de este tipo de infracciones hacen que las obligaciones impuestas tengan tanto vocación curativa (retrospectiva) como profiláctica (prospectiva)⁹¹. Esto puede reducir la fuerza disuasoria de las prohibiciones de conductas anticompetitivas⁹².

49. La praxis de las autoridades de defensa de la competencia permite poner de relieve la compleja valoración requerida para la aplicación de la prohibición de conductas anticompetitivas unilaterales que explica que frecuentemente se opte por la imposición de obligaciones al operador dominante⁹³. Normalmente las obligaciones impuestas buscan corregir su acumulación de poder y sus actuaciones destinadas a suprimir rivales en el futuro. Esa dificultad crece en industrias dinámicas y con alto componente tecnológico⁹⁴. También aumentan los riesgos del error para el bienestar del consumidor derivados de afectar negativamente a los incentivos a competir e innovar de las empresas⁹⁵.

4. Imposición de remedios de carácter cuasi-regulatorio

50. Los remedios obligacionales impuestos por las autoridades de defensa de competencia no deben ir más allá del restablecimiento de la legalidad y de la libre competencia que ha sido vulnerada por la infracción de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas. No deben sustituir la defensa de la competencia por la regulación⁹⁶, deben ceñirse el ámbito y los objetivos de la legislación de defensa de la competencia⁹⁷.

51. En efecto, las prohibiciones de prácticas anticompetitivas constituyen una medida prevista por el legislador frente a los fallos provocados en el mercado por el comportamiento de los agentes⁹⁸. Su cometido es la corrección y prevención de los fallos exógenos en el funcionamiento del mercado, y no

mayo de 2002 (521/01 *Agentes Propiedad Inmobiliaria*, ponente J. Pascual), que también fue parcialmente anulada por consideraciones análogas mediante STSS de 11 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5945, ponente O. González) de 22 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2109, ponente J.M. Bandrés); 8 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2098, ponente E. Espín) y de 7 de abril de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3616, ponente E. Espín).

⁹⁰ Así ocurre también a nivel europeo, LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, pp. 191-192.

⁹¹ Véase E. HJELMENG "Competition Law Remedies- Striving for Coherence or finding new ways?" (2013) *Common Market Law Review* 50: 1012 ("in particular with regard to Article 102 remedies, it is not possible to draw a clear distinction between remedies aimed at preventing future recurrences of the infringement and mere termination of past infringements").

⁹² Véase HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50: 1030 y permítase también la referencia a F. MARCOS "Diminishing enforcement: Negative effects for deterrence of mistaken settlements and misguided competition promotion and advocacy" en J. GUILLÉN (dir) *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, 2013, pp. 282-286.

⁹³ Por la dificultad de apreciar y evaluar los efectos pro-competitivos y anticompetitivos de la conducta del infractor, TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12: p. 391-392.

⁹⁴ Véase sentencia del Tribunal Federal de Distrito del Distrito de Columbia de 1 de noviembre de 2002 (ponente C. Kollar-Kotelly), *New York v. Microsoft*, 224 F Supp. 2d 76, 184 (D.D.C. 2002) ("Imposing a remedy in this case is not unlike trying to shoe a galloping horse") y CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 180 ("application of traditional equitable remedies to fast-paced, high-tech industries is no easy task".)

⁹⁵ Véase G. J. WERDEN "Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Process" (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 72-73. Al hilo de la controversia sobre la necesidad de imponer remedios obligacionales a Google, véanse las agudas reflexiones de J.D. WRIGHT "Antitrust Remedies" (2011) *The Journal of Law* 1/2, p. 423-444.

⁹⁶ CRANDALL / ELZINGA (2004) *Antitrust Law and Economics: Research in Law & Economics* 21, p. 335 ("ensure that they do not replace competition with regulation") y LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 604.

⁹⁷ Véase WERDEN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 75-78.

⁹⁸ Sin embargo, se sostiene normalmente, que que la Comisión UE tiene tendencia a buscar en el diseño de los remedios (*rectius* obligaciones) que se imponen a las empresas un ideal de competencia más que restaurar la situación previa a la infracción (como, en cambio, ocurriría en los Estados Unidos de Norteamérica), véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 255 y HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50, p. 1028 ("there has been a shift in competition law enforcement, from simply terminating and deterring infringements to facilitating and promoting competition with a predominantly prospective approach").

buscan el tratamiento de los fallos derivados de circunstancias propias de algunos mercados que impiden o limitan la competencia (v.gr., monopolios naturales, bienes públicos). La corrección de esos fallos endógenos es cometido de la legislación y las normas de regulación específicamente adoptados con tal propósito, bajo el control y supervisión de las autoridades de regulación sectorial.

52. La resolución de un procedimiento sancionador iniciado por la realización de conductas anticompetitivas no es lugar para la imposición de obligaciones que trasciendan las finalidades terapéutica y profiláctica que el legislador encarga a las autoridades de competencia⁹⁹. En otras palabras, las autoridades de competencia no pueden prohibir comportamientos que no constituyen infracciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas¹⁰⁰.

53. No obstante, frente a las infracciones que tienen lugar en sectores sujetos a regulación sectorial no ha sido infrecuente que ocasionalmente las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia impusieran obligaciones que exceden el cometido anterior y busquen mejorar el funcionamiento de los mercados y aumentar el bienestar social¹⁰¹.

54. Por tanto, esta situación se suscita particularmente en las industrias de red sometidas a regulación sectorial¹⁰². En principio, las obligaciones impuestas por la regulación sectorial y por las autoridades de regulación sectorial son de carácter prospectivo (intervención *ex ante*) y esto las diferencia claramente de las intervenciones *ex post* de las autoridades de defensa de la competencia, que sólo tienen lugar una vez cometida una infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas (y que reaccionan frente a un fallo exógeno en el mercado provocado por la conducta de los operadores)¹⁰³. Sin embargo, cuando las autoridades de competencia intervienen sobre sectores regulados, la distinción no resulta del todo nítida¹⁰⁴. Adicionalmente, esta cuestión se complica cuando la autoridad de defensa de

⁹⁹ Véanse ¶103 de la STGUE (Sala 4ª ampliada) de 11 de julio de 2007, T-170/06 *Alrosa v. Comisión*, [ECLI:EU:T:2007:220](#) (“De ello se deduce que la Comisión, sin rebasar las facultades que le confieren tanto las normas sobre la competencia del Tratado CE como el Reglamento nº 1/2003, sólo puede adoptar una decisión sobre la base del artículo 7, apartado 1, de este Reglamento que prohíba absolutamente toda relación comercial futura entre dos empresas cuando dicha decisión sea necesaria para restablecer la situación anterior a la infracción”) y ¶152 de la STGUE (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, T-201/04, *Microsoft*, [ECLI:EU:T:2007:289](#) (“El alcance de esa medida correctiva debe determinarse por consiguiente a la luz del comportamiento abusivo imputado a Microsoft, que está en función en particular del grado de interoperabilidad contemplado por la Comisión en la Decisión impugnada”).

¹⁰⁰ El artículo 2 de la Decisión de 13 de julio de 1994 (IV/C/33.833 *Cartoncillo*) de la Comisión prohibió intercambios de información agregada porque consideró que podían conducir a colusión, pero el TGUE anuló la decisión porque como tales esos comportamientos no están prohibidos, véanse ¶280 de la STGUE (Sala 3ª ampliada) de 14 de mayo de 1998, T-334/94 *Sarrío v. Comisión* ([ECLI:EU:T:1998:97](#)) y ¶178 de la STGUE (Sala 3ª ampliada) de 14 de mayo de 1998, T-310/94 *Gruber+Weber v. Comisión* ([ECLI:EU:T:1998:92](#)).

¹⁰¹ Sobre esta cuestión, véase WILLIAM S. COMANOR “The Problem of Remedy in Monopolization Cases: The Microsoft Case as an Example” (2001) *Antitrust Bulletin* 46:117 y 120 (“Should policy makers adopt a more regulatory approach to antitrust remedies, and focus instead on judgments for the future regardless of the factors that may have led to its dominance?”)

¹⁰² Sobre el uso de remedios cuasi-regulatorios en la industria de telecomunicaciones, véanse D. GERARDIN / J. G. SIDAK “European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications” en S. K. MAJUMDAR / I. VOGELSSANG / M. E. CAVE (eds) *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2 (Technology Evolution and the Internet) 2005, pp. 517-553 y P. LAROCHE *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, 2000, pp. 302-316 (utilización de las herramientas previstas en el Derecho de la competencia como mecanismos para paliar las insuficiencias de la regulación sectorial). Sobre su utilización en el sector de la energía eléctrica, véanse M. SADOWSKA “Energy Liberalization in an Antitrust Straitjacket: A Plant Too Far” (2011) *World Competition* 31, pp. 449-476 (que critica el empleo de los remedios con propósito regulatorio y de reestructuración industrial, corrigiendo la insuficiente liberalización del mercado, “these cases are not antitrust anymore. They constitute a new phenomenon, a peculiar ‘negotiatory’ antitrust, characterized by weak cases with extensive remedies”, *id.* p.461) y BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1/2, p. 353 (“an opportunity to supplement the liberalization process in certain regulated industry sectors”).

¹⁰³ Salvo el control de concentraciones (que también es una intervención *ex ante*), véase A. DE STREEL “The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The case of electronic communications” (2008) *Reflets et perspectives de la vie économique* 47, pp. 57-58 y 69-70.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, en la industria de telecomunicaciones, véase GERARDIN / SIDAK en *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, 2005, pp. 519-520, 523, 532 y 534 (teniendo en cuenta que los remedios obligacionales frecuentemente se adoptan en el marco de una terminación convencional).

la competencia desempeña también alguna función de regulación o supervisión sectorial (como ocurre –teóricamente– con la CNMC y también –aunque indirectamente– con la Comisión Europea)¹⁰⁵.

55. En cualquier caso, los remedios obligacionales no deben utilizarse como herramienta para alterar la estructura del mercado y regular las pautas de competencia en el mismo¹⁰⁶. La inclusión de obligaciones exorbitantes –que vayan más allá de la restauración de la competencia efectiva en el mercado– constituye una desproporción y un exceso¹⁰⁷. Es cierto que muchas veces puede resultar difícil establecer una delimitación tajante¹⁰⁸.

56. Finalmente, es lógico que cuando las obligaciones cuasi-regulatorias se imponen como compromisos en el marco del control de concentraciones o dentro de una terminación convencional en un procedimiento sancionador, su propuesta y aceptación voluntarios por el afectado haga menos cuestionable el eventual exceso de la autoridad de la competencia¹⁰⁹. Pero si esas circunstancias no están presentes y la decisión de la autoridad de defensa de la competencia se produce en el marco de un procedimiento sancionador, la decisión exorbitante de la autoridad de competencia puede ser cuestionable por su falta de acomodo en las potestades legalmente conferidas¹¹⁰. Es también censurable por la falta de predictibilidad y de transparencia que su adopción supone¹¹¹ y, por ello, deben considerarse medidas desmesuradas, con los riesgos que ello conlleva¹¹², incluida la posible anulación por los tribunales¹¹³.

5. Diseño de los remedios obligacionales: Contenido de las obligaciones

57. Con la imposición de obligaciones estructurales o de conducta las autoridades de defensa de la competencia buscan restaurar las condiciones de competencia preexistentes a la infracción en el mercado y evitar que la conducta se repita en el futuro¹¹⁴. La utilización de este instrumento puede ser muy efectiva para resolver ágilmente los problemas de competencia en mercados dinámicos, que experimentan frecuentes cambios y evolucionan con rapidez, y que muchas veces están sometidos a regulación¹¹⁵. Como ya se ha apuntado, también pueden intentar prevenir que la infracción se reitere y por ello,

¹⁰⁵ Véase W. E. KOVACIC / D. A. HYMAN “Regulatory Leveraging: Problem or Solution?” (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1174 (“this would make the competition agency the backstop enforcer of a potentially large collection of other laws, at least with respect to dominant enterprises”).

¹⁰⁶ Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, p. 435 (“Competition law remedies cannot be transformed to regulatory remedies. The different institutional context is one side of the story. Competition authorities and courts are unable to administer far reaching prophylactic remedies that would require continuous monitoring and supervision of entire economic sectors”).

¹⁰⁷ Véase GERARDIN / SIDAK en *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, 2005, 548.

¹⁰⁸ Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, 436 (“Regulatory remedies, defined as remedies that have no direct relation or are disproportionate in relation to the wrong they aim to address, become the outer boundary of remedial discretion in competition law”), aunque reconoce las dificultades de este ejercicio. En ocasiones, un adecuado tratamiento del fallo provocado por la conducta del infractor puede exigir la introducción de medidas que eliminen cualquier posibilidad o incentivo de cometer la infracción o reduzcan las barreras de acceso al mercado, HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76/1:59-60.

¹⁰⁹ Véase KOVACIC / HYMAN (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1168 (“‘global settlements’ which reach beyond the specific controversy they are handling, to obtain leverage over ancillary domains”) y p. 1178 (“The most obvious benefit of regulatory leveraging is that it promotes more comprehensive settlements”).

¹¹⁰ Véase KOVACIC / HYMAN (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1186 (“Unless properly disciplined, regulatory leveraging becomes lawlessness”).

¹¹¹ Véase KOVACIC / HYMAN (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1179.

¹¹² Véase LAROCHE *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, 2000, p. 319.

¹¹³ Inspirada en corregir los defectos en la estructura competitiva del mercado de distribución minorista de carburantes, la imposición por la RCNMC de 20 de diciembre de 2013 (VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, sin ponente) de la obligación de utilizar Platt’s como índice de referencia del precio de transferencia o cesión, desborda lo impuesto por el resuelve 3º de la RCNC de 30 de julio de 2009 (652/07 Repsol/Cepsa/BP, ponente P. Sánchez), que sólo había prohibido los sistemas de determinación del precio que fueran restrictivos de la competencia. Llamaba la atención sobre el particular ANTONIO ROBLES “El alcance de las facultades de la CNMC: la imposición de obligaciones de comportamiento a las empresas infractoras”, *Competencia y Regulación*, 6 de Marzo de 2016.

¹¹⁴ Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, p. 190.

¹¹⁵ Véanse BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, p. 351 y KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1314-1316. En particular en las industrias de energía y telecomunicaciones en las que, a pesar de las notables diferencias,

respecto del infractor, desempeñan también una función de disuasión específica, con el propósito de que no cometa de nuevo en la conducta prohibida.

58. Los remedios obligacionales establecen un régimen jurídico específico, una disciplina “a medida” para cada caso concreto, que regula la conducta del infractor en aras del interés público en la libre competencia. Por ello, lógicamente, las obligaciones que se impongan se conectan estrechamente con la vulneración concreta de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, a la que buscan poner remedio¹¹⁶. Es más, dependen de la conducta infractora en cuestión hasta el punto de que son una imagen refleja de aquélla (i.e., la conducta contraria)¹¹⁷.

59. La incertidumbre y los costes que la imposición de obligaciones suponen para los operadores y la información y los recursos disponibles por las autoridades de defensa de la competencia, así como las dificultades de configuración y los riesgos de error (por exceso o por defecto), condicionan su utilización y el diseño de este tipo de remedio¹¹⁸.

60. Por ello, los estudios de economía conductual pueden ser útiles para el diseño de los remedios, valorando la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas que se imponen al infractor¹¹⁹. Deben superarse los riesgos derivados de cualquier sesgo o cortoplacismo de las autoridades, así como del intervencionismo y optimismo de sus decisiones¹²⁰. En la medida que el remedio se base en una suposición de las preferencias o creencias de los consumidores es necesario comprobar que aquéllas sean válidas¹²¹.

61. La formulación de las obligaciones que se impongan puede seguir distintos modelos, incluyendo una obligación genérica y abstracta que deje al infractor la responsabilidad de concretar acciones que alcancen un objetivo determinado que se establece en la decisión de la autoridad¹²².

el grado de aplicación de esta prohibición es similar, dadas sus características económicas (monopolios naturales, elevados costes fijos de arranque, bajos costes marginales, economías de escala, efectos de red) y la regulación, existe abundancia de casos de este tipo, véase Á. GARCÍA-DELGADO / A. REDONDO “Comparing the incomparable? An analysis of the enforcement of abuse of dominance rules to the energy and technology sectors in Europe?” (2016) *CPI Antitrust Chronicle*, March 2016(1), p. 6.

¹¹⁶ Véase LIANOS “Competition Law Remedies in Europe” en LIANOS / GERADIN (eds) *Handbook on European Competition Law*, p. 406 [“the existence of a competition law violation (even if there is no explicit finding of an infringement) ‘constitutes the basis of the obligation of the parties to terminate the infringement’, hence the reason for imposing remedies”].

¹¹⁷ Véanse PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 266 (“a remedy that mirrors the illegal conduct and is unexpensive to monitor”); TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12:402. Véase también HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76:60 (“Another approach beyond mirroring the abuse would be to seek to lower the entry barriers to the market in which the undertaking in question is dominant”).

¹¹⁸ En general, véase P. L. JOSKOW “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies” (2002) *Journal of Law, Economics, and Organization* 18 p. 95. Véase también HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 48-49.

¹¹⁹ Con referencias al remedio impuesto por la Comisión Europea contra *Microsoft* en su Decisión de 24 de marzo de 2004 (COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corp*), frente a la vinculación del Windows Media Player con el sistema operativo Windows de comercializar una versión de Windows sin Windows Media Player (¶¶978-984 de la Decisión), que no fue muy utilizada por los consumidores, véanse W. H. PAGE “Mandatory Contracting Remedies in the American and European *Microsoft* Cases” (2009) *Antitrust Law Journal* 75, pp. 798-800 y A. HEINEMANN “Behavioural Antitrust: A ‘More Realistic’ Approach to Competition Law” en K MATHIS (ed.) *European Perspectives on Behavioral Law and Economics, Economic Analysis of Law in European legal Scholarship*, 2015, vol. 2, p. 229 (imponiéndose un remedio contraproducente que sobrecargaba las facultades de elección de los usuarios). Sobre este mismo caso, véase M. E. STUCKE “How can competition agencies use behavioral economics?” (2014) *Antitrust Bulletin* 59, pp. 705-706 y, del mismo autor, “Behavioral antitrust and monopolization” (2012) *Journal of Competition Law & Economics* 8, pp. 568-573 (comparándolo con el adoptado en el caso de la vinculación del *Internet Explorer*, dónde la elección del consumidor se articulaba de otra manera –Decisión de la Comisión de 16 de Diciembre de 2009, COMP/C-3/39.530 *Microsoft-tying*).

¹²⁰ En general, véase W. E. KOVACIC / J.C. COOPER “Behavioral Economics and its meaning for Antitrust Agency Decision Making” (2012) *Journal of Law, Economics & Policy* 8: 779-800

¹²¹ Véase B. R. NUÑEZ “Developing Behavioral Economics as a Practical Tool for Market Authorities. Lessons learned from the first era of behavioral case work” (2016) *Journal of Antitrust Enforcement* 14-15 (que sugiere como alternativa la intervención del gobierno por la vía regulatoria).

¹²² Véanse HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76:60. Aunque, como dice POSNER *Antitrust Law*, 2nd ed. 2001, p. 273: “if narrowly drawn to avoid preventing legitimate competitive activity by the defendant, it is likely to

62. En todo caso, las obligaciones que se impongan deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas para el objetivo de restablecer el cumplimiento de la prohibición infringida, evitando infracciones futuras, sin suponer costes excesivos o desmedidos¹²³. En coherencia con lo anterior, los remedios obligacionales más costosos (costes para el obligado y de administración) exigirán una justificación y prueba mayor de eficacia¹²⁴. Adicionalmente, y con carácter general, la autoridad de defensa de la competencia debe configurar y formular las obligaciones que se imponen en términos claros y sin ambigüedades, de manera que sean evidentes las exigencias que se imponen al obligado¹²⁵. Finalmente, los remedios deben ser equitativos, sin introducir tratamientos discriminatorios injustificados en el mercado a los operadores sujetos a los mismos¹²⁶.

63. En primer lugar, se ha de tratar de remedios idóneos o adecuados para el propósito con el que se emplean. Si son artificiales y no responden a una necesidad de mercado es más difícil que funcionen¹²⁷. Por tanto, a partir de la experiencia en el pasado sobre la eficacia o no de una determinada obligación impuesta a las empresas, las autoridades de competencia pueden perfeccionar las obligaciones que imponga en el futuro ante infracciones similares.

64. En segundo lugar, la obligación que se impone debe ser necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. Debe constituir el remedio indispensable para corregir la distorsión que la infracción ha provocado en el mercado, sin que existan alternativas menos restrictivas para los derechos del obligado.

65. En tercer lugar, finalmente, la obligación debe ser proporcional a la finalidad con la que se impone¹²⁸. El respeto a la libertad de empresa y al derecho de propiedad del operador al que se imponen obligaciones, exige que éstas no sean más onerosas de lo necesario para restaurar la legalidad y la competencia en el mercado¹²⁹.

66. En función del contenido de los remedios obligacionales que se impongan se distingue entre obligaciones estructurales (*infra* §IV.5.A) y obligaciones de comportamiento (*infra* §IV.5.B)¹³⁰.

be porous and ineffectual, while if it is broadly drawn to close up all possible loopholes it is likely to handicap the firm in competing lawfully". Sobre las dificultades de determinar el nivel de abstracción óptimo de la obligación impuesta, véase MELAMED (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 363-364 ("The more narrowly the violation to be remedied is characterized, the less likely it is that the remedy will prevent a recurrence of anticompetitive conduct, especially if the defendant retains the ability and incentive to engage in such conduct. But the more the violation is generalized, the more likely it is that the remedy will become costly regulation and prohibit conduct that, while analogous to the violation, is not under the circumstances anticompetitive").

¹²³ Véase ¶93 de la STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE & ITP v. Comisión CE*, C-241-242/91P (ponente G. C. Rodríguez Iglesias *ECLI:EU:C:1995:98*) "el principio de proporcionalidad significa que las obligaciones impuestas a las empresas para poner fin a una infracción del Derecho de la competencia no deben ir más allá de los límites de lo necesario y adecuado para alcanzar el fin perseguido, a saber, el restablecimiento de la legalidad en relación con las normas que se hayan infringido en el caso de autos".

¹²⁴ Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 266 (y debe tenerse en cuenta que aunque mejoren la eficiencia estática, no disminuyan la dinámica).

¹²⁵ Véase . J. WERDEN "Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Process" (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 73-75.

¹²⁶ HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 50 y 51.

¹²⁷ Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 272 y *supra* n120.

¹²⁸ Aunque en Estados Unidos no existe una explícita exigencia de proporcionalidad como tal, la exigencia de adecuación y eficiencia se plasma normalmente en un requisito similar, véase E. T. SULLIVAN "Antitrust Remedies in the U.S. and EU: advancing a standard of proportionality" (2003) *Antitrust Bulletin* 48: 419 y 423 y E. T. SULLIVAN / R. S. FRASE *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, 2009, pp. 47-49. El diseño de los remedios debe evitar que causen un daño innecesario (efecto iatrogénico) o que sean inefectivos, véanse KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1313 y TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12, p. 392.

¹²⁹ HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 49.

¹³⁰ Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, pp. 274-275 ("Injunctions are appropriate in instances in which deterrent penalties are likely to be insufficient to prevent anticompetitive conduct prospectively. Structural injunctions are costly, but may be appropriate to dissolve entities that illegally achieve durable monopoly power, particularly by merger. Conduct remedies may also be costly, but can be well suited to end specific monopolistic conduct by firms with lawful monopoly power. Injunctive relief is most questionable when it seeks to regulate conduct beyond the practices specifically shown to reduce competition").

Ambas suponen la imposición de una obligación, pero varían en su impacto y grado de afectación de los derechos y de la libertad del sujeto obligado. Mientras que las obligaciones estructurales afectan a los derechos de propiedad, eso no ocurre con las obligaciones de conducta¹³¹. Así, las obligaciones estructurales suponen una privación de derechos de propiedad y se trata de un remedio drástico análogo a una intervención quirúrgica con el propósito de eliminar y remediar los efectos provocados por la infracción. En cambio, las obligaciones de comportamiento imponen deberes y pautas de comportamiento específicas y concretas, supuestamente menos invasivas y similares a un tratamiento terapéutico y de cura con medicamentos¹³². El recurso a unas u otras por la autoridad de competencia es discrecional, aunque la utilización de las obligaciones de conducta es preferida, dado que teóricamente constituyen la opción menos restrictiva de derechos¹³³.

A) Obligaciones estructurales

67. La imposición de obligaciones estructurales persigue corregir un fallo en la estructura del mercado en el que se ha producido la infracción y en la que se encuentra la raíz de la misma. Esta situación se suscita principalmente en casos de conductas anticompetitivas unilaterales¹³⁴. Las obligaciones estructurales buscan aminorar la posición dominante de un operador o introducir competencia adicional en el mercado y, por ello, su carácter disuasorio pasa a un segundo plano frente a su carácter cuasi-regulatorio¹³⁵. Por ello, es fácil que se excedan de los cometidos y de las finalidades que –desde la estricta perspectiva de la defensa de la competencia– deben tener este tipo de remedios¹³⁶. Quizás eso explica que nunca se hayan empleado por las autoridades de competencia en España¹³⁷. Hay una notable divergencia en los distintos sistemas de defensa de la competencia en la previsión y reconocimiento de la potestad de las autoridades de competencia de imponer obligaciones estructurales¹³⁸.

68. A diferencia de lo que ocurre en materia de control de concentraciones¹³⁹, en sede sancionadora la imposición de obligaciones estructurales es considerada un remedio de último recurso que sólo se contempla si no existen obligaciones de comportamiento igualmente efectivas o porque estas

¹³¹ Véase RITTER (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 596.

¹³² Véase CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 152 (y por eso los remedios estructurales pueden ser “*too radical and liken divestiture to curing the disease by killing the patient*”, id. 191).

¹³³ Teóricamente porque como dicen HELLSTRÖM / RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 47: “*It is, however, prima facie not obvious that categories of remedies are more or less burdensome in terms of fundamental rights: while structural remedies may have a bearing on property rights if, for instance, a sale of assets is required, behavioral remedies bear upon the freedom to conduct a business, including the freedom to contract. As a result, even in those rare cases where behavioral and structural remedies are equally effective, structural remedies cannot automatically be considered more burdensome*” (cita omitida). Más ampliamente, sobre el particular, muy críticamente MAIER-RIGAUD en *European Competition Law Annual*, 2016, pp. 208-209 y 211-212 (la presunción legal no se sostiene económicamente, es confusa y una simplificación excesiva de la realidad) y LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 607.

¹³⁴ Véase WERDEN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 70-71.

¹³⁵ Véase F. JIMÉNEZ LATORRE / E. PRIETO KESSLER “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio” en PETITBÓ / MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, pp. 135-137. De hecho, cuando se trata de industrias sometidas a regulación sectorial, el remedio puede tratar de corregir las insuficiencias de la regulación, véase J. E. LOPATKA / W. H. PAGE “Devising a *Microsoft* Antitrust Remedy that serves consumers” (2001) *George Mason Law Review* 9/3, pp. 700 y 707-708.

¹³⁶ Véase HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50, p. 1021 y *supra* §V.4

¹³⁷ La RCNMC de 6 de Julio de 2016 (R/AJ/035/16 *Renfe*, sin ponente) rechazó la propuesta de compromisos de RENFE entre los que se incluían obligaciones estructurales en relación con la oferta mayorista de servicios de tracción (este procedimiento se cerró con sanción por la RCNMC de 28 de Febrero de 2017, S/DC/0511/14 *Renfe operadora*, sin ponente).

¹³⁸ OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 33. Esa divergencia también existe en la UE (§§5 y 6 de ECN, *Recommendation on the power to impose structural remedies*) y, por ello, la Propuesta de Directiva de 22 de Marzo de 2017 encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior [COM(2017) 142 final] exige que las autoridades nacionales de competencia puedan obligar al cese de la infracción constatada e imponer otras obligaciones estructurales de conducta proporcionales a la infracción cometida y necesarias para hacer cesar efectivamente la infracción misma (art. 9).

¹³⁹ Véase P. ALEXIADIS / E. SEPENDA “Structural remedies: A Unique Antitrust Tool” (2013) *Concurrences* 2: ¶36 y también FTC (STAFF OF THE BUREAU OF COMPETITION) *A Study of the Commission Divestiture Process*, 1999.

supongan costes excesivos¹⁴⁰. En sede sancionadora, la imposición de una obligación estructural procede por ejemplo cuando la persistencia y repetición de la infracción se deriva de la propia estructura de la empresa¹⁴¹; ya que no resulta posible el respeto y observancia de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas con su estructura actual¹⁴². Igualmente, si el comportamiento pasado del infractor hace prever la ineficacia de las obligaciones de comportamiento, el recurso a las obligaciones estructurales es adecuado y necesario¹⁴³.

69. En efecto, la imposición de obligaciones estructurales suele ser una solución excepcional en los procedimientos sancionadores¹⁴⁴, porque busca un cambio en las condiciones estructurales del mercado y en la posición en él de un operador, que normalmente habrá sido el fruto de su crecimiento orgánico y natural y del funcionamiento del mercado, aunque éste pueda haber incurrido en algún exceso¹⁴⁵. Sin embargo, puede ser la solución lógica cuando la infracción está relacionada con la estructura y posición en el mercado del infractor¹⁴⁶, más que con una conducta específica suya. La obligación estructural opera sobre esa posición de dominio, y consigue eliminar o reducir de un plumazo el poder de mercado del operador dominante¹⁴⁷.

70. La decisión de la autoridad de defensa de la competencia que lleve a la imposición de este tipo de remedio exigirá entender adecuadamente porqué el mercado alcanzó esa situación y en qué medida la desinversión cambiará esa situación¹⁴⁸. De modo análogo a cualquier otro remedio obligacional impuesto por las autoridades debe ser adecuado y necesario para restaurar las condiciones de competencia y restablecer el cumplimiento de la legalidad, pero dada su naturaleza y sus efectos, se exige una proporcionalidad más estricta¹⁴⁹.

¹⁴⁰ Véase art. 7.1 Reglamento 1/2003 y art. 53.1.b) de la LDC. Adicionalmente, es lógico que la desinversión sea más fácil *ex ante* –preventivamente– en el marco del control de concentraciones, que frente a un operador dominante en el mercado [CRANDALL en EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, pp. 295-296].

¹⁴¹ Véase considerando 12 del Reglamento 1/2003 (“*El presente Reglamento debe conferir explícitamente a la Comisión competencia para imponer cualquier remedio, sea de comportamiento o estructural, que sea necesario para poner efectivamente fin a la infracción y teniendo presente el principio de proporcionalidad. Los remedios estructurales sólo deben poderse imponer en ausencia de otro remedio de comportamiento igualmente eficaz, o cuando cualquier remedio de comportamiento resultaría más gravoso para la empresa que un remedio estructural. Imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada*”). Véase también P. C. CARSTENSEN “Remedies for Monopolization from *Standard Oil* to *Microsoft* and *Intel*: The Changing Nature of Monopoly Law from Elimination of Market Power to Regulation of its Use” (2012) *Southern California Law Review* 85, p. 818 y LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 64 (“*the structure of the firm directly and inevitably produces incentives to violate competition law*”).

¹⁴² Véase HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50, p. 1014.

¹⁴³ Véase E. THOMAS SULLIVAN “*The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled*” (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 577.

¹⁴⁴ La desinversión no es adecuada ni necesaria si las obligaciones de comportamiento se han demostrado efectivos para remediar las restricciones y distorsiones de la competencia existentes, véase sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 4 de junio de 1951 (ponente H. Black) *Timkin Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593, 604 (1951). A diferencia del procedimiento de control de concentraciones, en el que es una medida –en principio– menos restrictiva de derechos que la prohibición de la operación notificada, y en el que suele ser una medida eficaz, véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, pp. 267-268.

¹⁴⁵ Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 267 (“*An order ending exclusionary conduct and the market’s own remedial forces are ordinarily better suited to eroding market share achieved or maintained by exclusionary practices*”) y p. 271 (“*Conduct remedies are generally preferable to structural remedies when the defendant achieved its monopoly power lawfully, but engaged in specific anticompetitive conduct*”).

¹⁴⁶ Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 267.

¹⁴⁷ Véase CARSTENSEN (2012) *Southern California Law Review* 85, pp. 841-842 (“*The goal of such relief would be the termination of the monopoly itself*”) y “*This requires a clearer recognition of the difference between cases challenging the conduct of a monopolist whose monopoly I itself not being challenged and those that challenge the monopoly itself*”).

¹⁴⁸ Véase JOSKOW “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies” (2002) *Journal of Law, Economics, and Organization* 18, pp. 96 y 113-114.

¹⁴⁹ Frente a las obligaciones comportamiento, LIANOS en *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, p. 371. Como dice PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 267: “*structural relief should be limited to instances where it is necessary to remove anticompetitive effects of the particular offense and can be accomplished without indirect costs that exceed the competitive benefits of the remedy*”.

71. El contenido de las obligaciones estructurales puede consistir en el cese de ciertas actividades de una empresa, de una rama del negocio, o de una empresa en su totalidad, normalmente mediante su enajenación a un tercero¹⁵⁰. De ese modo se busca eliminar la posición de dominio de una empresa en el mercado. Alternativamente, pueden obligar a que se facilite el acceso a los competidores a determinadas instalaciones o activos esenciales para la competencia, incluyendo derechos de propiedad intelectual. Se busca, en tal caso, debilitar la posición de dominio y reducir las eventuales barreras de entrada al mercado de nuevos competidores.¹⁵¹

72. En cualquiera de los casos se trata de obligaciones de naturaleza invasiva de la libertad de empresa y del derecho de propiedad del operador afectado, que se ven limitados y condicionados gravemente. Es más, dado su carácter de expropiación parcial, pueden tener el efecto no deseado de disuadir a la empresa obligada de comportamientos perfectamente lícitos, eficientes y pro-competitivos, llevándole a una injustificada pérdida de economías de escala¹⁵², o reduciendo los incentivos a la innovación, en detrimento de los consumidores y del bienestar social¹⁵³. Por ello, es aconsejable que la adopción de este tipo de medidas se acompañe de una estimación económica de su impacto en el bienestar del consumidor y en el bienestar general, que tenga en cuenta su eficiencia (productiva, distributiva y dinámica)¹⁵⁴.

73. En principio, la eficacia y los efectos pro-competitivos de la imposición de obligaciones estructurales son inmediatos y suelen observarse inmediatamente¹⁵⁵, además de resultar más fácil de administrar¹⁵⁶. El control del cumplimiento de las obligaciones estructurales requiere una menor supervisión por las autoridades que la necesaria para las obligaciones de conducta¹⁵⁷.

¹⁵⁰ La Decisión 72/21/CEE de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1971 (IV/26 811 *Continental Can Co.*) ordenó a Continental Can Co. Inc. la venta de su participación en Europemballage Corp., pero la orden nunca se ejecutó porque el TJUE la anuló en su sentencia de 21 de febrero de 1973, as. 6-72, *Europemballage Corp. & Continental Can Co. Inc. v Comisión*, ECLI:EU:C:1973:22.

¹⁵¹ Véanse ¶¶106-121 y 159-202 Decisión de la Comisión Europea de 14 de abril de 2010 (COMP/39596 BA/AA/IB) por la que se acuerda la venta de derechos de despegue y aterrizaje (*slot agreements*) para permitir el desarrollo de algunas rutas alternativas (Londres-Miami, Londres-Nueva York, Londres-Boston, Londres-Dallas) que compitan con las de las empresas parte en la sociedad conjunta.

¹⁵² Véase CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 191 y H. SHELANSKI / G. J. SIDAK “Antitrust Divestiture in Network Industries” (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 29.

¹⁵³ Fuera del restablecimiento de la legalidad y la restauración de las condiciones de competencia, cualquier análisis económico de su impacto en la eficiencia, precios, calidad e innovación convierte a la imposición de estas obligaciones en un análisis similar al que se realiza en materia de control de concentraciones, con las limitaciones predictivas que presenta, véase JIMÉNEZ / PRIETO en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 140-43.

¹⁵⁴ En general, ampliamente (con referencia detallada y crítica al caso *AT&T* y a las propuestas de división de *Microsoft*) véase SHELANSKI / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68, pp. 53-90.

¹⁵⁵ No obstante, es discutible si verdaderamente alcanzan los objetivos que se marcan, véase R. W. CRANDALL “The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases” en D. EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, p. 350 (que concluye que hay “*remarkably little evidence that these cases and the relief emanated from them had a positive effect on competition and consumer welfare*”).

¹⁵⁶ Véase TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12, p.395. Así, por ejemplo, obligación de desinvertir sus participaciones en el capital de otras refinadoras de crudo que otorgaba a *Standard Oil* más del 90% del mercado, poder que utilizaba para controlar el cartel del transporte ferroviario de petróleo refinado en detrimento de las refinadoras independientes, Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 15 de mayo de 1911 (ponente E. D. White) *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); véase CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 191. Aunque la facilidad de administración es discutible, pues es muy posible que sea necesario una supervisión detallada de la desinversión (como ocurrió en *AT&T*), véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1303.

¹⁵⁷ Véase JIMÉNEZ / PRIETO en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, p. 145 (el control del cumplimiento de las obligaciones de desinversión es menos costoso que el de las obligaciones de licencia o de cualquier otra obligación de hacer, que implican a la postre a las autoridades en la gestión diaria de la empresa).

74. Como ya se ha apuntado, la venta de activos empresariales o la desinversión son las obligaciones estructurales por excelencia, pero también lo es la imposición de acceso a determinados recursos y activos esenciales. Este último se considera un remedio cuasi-estructural¹⁵⁸. Otro tanto ocurre con la obligación de licenciar determinados derechos de propiedad intelectual o patentes¹⁵⁹.

75. En efecto, las obligaciones de acceso consisten en el mandato de permitir el acceso a determinados recursos tecnológicos o infraestructuras o en la garantía y aseguramiento de la inter-operatividad de los productos o servicios del infractor con los de otros operadores. El cumplimiento de ese mandato puede requerir la realización de cambios en la estructura de la empresa obligada para garantizar su efectividad, lo que les convierte en remedios cuasi-estructurales¹⁶⁰.

76. La Comisión Europea ha impuesto obligaciones estructurales en varias ocasiones (incluidas algunas decisiones previas a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003¹⁶¹). Esta solución se ha empleado en el sector energético, acogiendo los compromisos presentados por las empresas con arreglo al art. 9 del Reglamento 1/2003¹⁶²: Distrigaz¹⁶³, EDF¹⁶⁴, EON¹⁶⁵, RWE¹⁶⁶, Gaz de France¹⁶⁷, ENI¹⁶⁸ y CEZ¹⁶⁹.

77. En cambio, la praxis norteamericana en materia de imposición de obligaciones de desinversión y otras obligaciones estructurales es mucho más rica que la europea¹⁷⁰, aunque también allí se conciben como remedios excepcionales¹⁷¹. Aun así, algunos de los casos más famosos en la historia del derecho de defensa de la competencia norteamericano concluyeron con la imposición de obligaciones estructurales¹⁷².

¹⁵⁸ La obligación de proporcionar acceso no discriminatorio a las infraestructuras de la terminal ferroviaria (que se consideró una infraestructura esencial, siendo un abuso de monopolio la negativa de acceso) en el caso de *U.S. v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912), sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 22 de abril de 1912 (ponente H. H. Lurton).

¹⁵⁹ UNCTAD, *Appropriate sanctions and remedies*, 2010, ¶22. Véase WERDEN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 71 (“targeted structural remedy”). Véase *infra* §V.5.B.b.vi.

¹⁶⁰ ALEXIADIS / SEPENDA (2013) *Concurrences* 2: ¶¶11-12 y 24-34 (que revisan los casos en los que la Comisión ha utilizado estos remedios).

¹⁶¹ Véanse Decisiones de 10 de noviembre de 1992 (IV/33.440 *Warner Lambert/Gillette*), que impuso a *Gillette* la obligación de desprenderse de su participación en el capital de *Eemland* que le permitían ejercer influencia en la política comercial de *Wilkinson* y de 20 de marzo de 2001 (COMP/35.141 *Deutsche Post AG*) que impuso la obligación de separar las actividades reservadas y no reservadas de *Deutsche Post* para evitar las subvenciones cruzadas entre ambas (¶¶18-22).

¹⁶² ALEXIADIS / SEPENDA (2013) *Concurrences* 2: ¶¶13 y 17.

¹⁶³ Decisión de 11 de octubre de 2007 (COMP/B-1/37966 *Distrigaz*).

¹⁶⁴ Decisión de 17 de marzo de 2010 (COMP/39.386 *Long-term contracts France*).

¹⁶⁵ Véanse Decisiones de 26 noviembre de 2008 (COMP/39.388 *German Electricity Wholesale Market*, y COMP/39.389 *German Electricity Balancing Market*). Véase P. CHAUVE / M. GODFRIED / K. KOVÁCS / G. LANGUS / K. NAGY / S. SIEBERT “The E.ON electricity case: an antitrust decision with structural remedies” (2009) *Competition policy newsletter* 1-2009, pp. 51-54 y, muy críticamente, SADOWSKA (2011) *World Competition* 31, pp. 449-476. Véase también Decisión de 4 de mayo de 2010 (COMP/39.317 *E.ON Gas*).

¹⁶⁶ Decisión de 18 de marzo de 2009 (COMP/39.402 *RWE Gas Foreclosure*).

¹⁶⁷ Decisión de 3 de diciembre de 2009, COMP/39.316 *Gaz de France*. Sobre los remedios de liberación de capacidad en los gaseoductos en este caso (y también el último referido *supra* n163) véase R. CARDOSO / S. KIJEWski / O. KOCH / P. LINDBERG / K. NAGY “The Commission’s GDF and E.ON Gas decisions concerning long-term capacity bookings. Use of own infrastructure as possible abuse under Article 102 TFEU” (2010) *Competition policy newsletter* 3-2010, pp. 8-11.

¹⁶⁸ Decisión de 29 de septiembre de 2010, COMP/39.315 *ENI*. Véase F. MAIER-RIGAUD / F. MANCA / U. VON KOPPFELDS “Strategic underinvestment and gas network foreclosure - the ENI case” (2011) *Competition Policy Newsletter* 1-2011, pp. 18-23.

¹⁶⁹ Decisión de 10 de diciembre de 2015 (COMP/39.727 *BEH Electricity*).

¹⁷⁰ Aunque el último caso de desinversión por un abuso de dominio decidido por el Tribunal Supremo norteamericano es la Sentencia de 13 de junio de 1966 (ponente W. O. Douglas), *U.S. v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

¹⁷¹ Véanse RICHARD A. POSNER *Antitrust Law*, 2ª ed. 2001, 107 y SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 574 (“While the Supreme Court will likely continue to consider divestiture as a viable remedy, the Court may reserve the remedy for only the most exceptional and unique cases”).

¹⁷² Un análisis en Note: “Aspects of Divestiture as an Antitrust Remedy” (1963) *Fordham Law Review* 32, pp. 135-146 (aunque, por las características del sistema institucional federal norteamericano –véase *supra* n20– sean considerados análogos a las desinversiones en materia de fusiones).

Las desinversiones más famosas son las de *Standard Oil*¹⁷³, *American Tobacco*¹⁷⁴, *Alcoa*¹⁷⁵, *Paramount Pictures*¹⁷⁶ y *AT&T*¹⁷⁷. Cuando una compañía desarrolla dos actividades relacionadas y aprovecha la posición de dominio en una de ellas para realizar prácticas abusivas de vinculación de prestaciones, la desinversión de una de ellas puede ser un remedio adecuado para restablecer la libre competencia¹⁷⁸. De igual manera, cuando la integración vertical de los operadores dominantes en la industria cinematográfica norteamericana permitía a las productoras discriminar a las salas de exhibición que no les pertenecían, la enajenación de estas se presentó como una alternativa adecuada para salvaguardar y promover la competencia¹⁷⁹.

78. Los remedios estructurales se discutieron también en Estados Unidos en el caso *Microsoft*, donde los abusos de su sistema operativo llevaron a las autoridades a plantear incluso la división de *Microsoft* en dos compañías independientes¹⁸⁰; finalmente, la solución adoptada consistió en la imposición de obligaciones cuasi-estructurales (acceso y licencia) y de comportamiento¹⁸¹.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 15 de mayo de 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911). Su eficacia fue muy cuestionable porque no mejoró las condiciones de competencia en el mercado, SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 579 (“the divestiture order merely transformed one nation-wide monopoly into thirty-four regional monopolies, which divided the United States into eleven marketing territories”, cita omitida), también para CRANDALL en EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, p. 306. De opinión contraria es CARSTENSEN (2012) *Southern California Law Review* 85: 823 (“while the decree was less than perfect, it moved the industry in the correct direction from a competition policy perspective”).

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 29 de mayo de 2011 (ponente E.D. White) *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911). No hay evidencia de que esta decisión mejorase el bienestar del consumidor según CRANDALL en EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, p.310.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de 12 de marzo de 1945 (ponente Learned Hand), *U.S. v. Aluminium Company of America* (Alcoa), 131 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Una visión crítica de esta decisión y del remedio adoptado en RICHARD A. EPSTEIN “Monopolization Follies: The Dangers of Structural Remedies under section 2 of the Sherman Act” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 210-220.

¹⁷⁶ Sentencia de 3 de mayo de 1948 (ponente W. O. Douglas), *U.S. v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131 (1948).

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Federal de Distrito del Distrito de Columbia de 28 de febrero de 1983 (ponente H. H. Greene), *U.S. v. American Telephone & Telegraph Company*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982). Se considera por algunos “the most successful antitrust structural remedy in history” (POSNER *Antitrust Law* 111). También SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, pp. 584-587 y CARSTENSEN (2012) *Southern California Law Review* 85, p. 829. *AT&T* utilizaba su monopolio de la telefonía local para beneficiar a ATT en el mercado de larga distancia (también en el de fabricación de equipamiento, perjudicando a sus rivales en las llamadas de larga distancia (*MCI*) que necesitaban la conexión local para que las llamadas tuvieran lugar. El *Modified Final Judgment* del Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia de 24 de Agosto de 1982 disolvió el sistema, imponiendo una separación de larga distancia y las redes locales (*baby bells*) limitadas a dar servicio local (luego sustituido por *Telecommunications Act* of 1996). Una visión crítica de esta decisión en EPSTEIN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 225-231 y “The AT&T Consent Decree: In Praise of Interconnection Only” (2008) *Federal Communications Journal* 61, pp. 149-165.

¹⁷⁸ *Pullman Inc.* fabricaba y gestionaba coches-cama para transporte ferroviario, aprovechó su dominio en la gestión para realizar prácticas abusivas en la fabricación, el Tribunal Supremo Norteamericano la ordenó desinvertir una u otra actividad, aunque parece que esta medida no consiguió el propósito esperado, SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, pp. 580-582 [“The divestiture left the industry subject to monopoly control (by the large railroads instead of Pullman) and made Pullman a stronger, more financially viable company”, id. 582]. Véase también POSNER *Antitrust Law*, p. 109.

¹⁷⁹ Sentencia de 3 de mayo de 1948, *U.S. v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 174-175 (1948). Aunque es discutible que a largo plazo hayan conseguido ese objetivo, véase SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, pp. 583-584 (en la medida que ralentizó e impidió adquisiciones sucesivas de las salas de exhibición por otros exhibidores). De distinta opinión es M. CONANT “The Paramount Decrees reconsidered” (1984) *Law & Contemporary Problems* 44, pp. 79-107.

¹⁸⁰ Que llegó a ordenarse por el Tribunal federal de Distrito del Distrito de Columbia en su Auto de 7 de junio de 2000, *U.S. v. Microsoft Corp.* (ponente T. P. Jackson) 97 F. Supp. 2d 59, 64 (D.D.C. 2000), anulada en este punto por la sentencia del Tribunal de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia de 27 de junio de 2001 (*per curiam*), *U.S. v. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34, 74-76 y 106-107 (D.C. Cir. 2001). Véase LOPATKA / PAGE (2001) *George Mason Law Review* 9/3, pp. 698-699 y 710-712 (que analizan también los costes e ineficiencias que la separación vertical entrañaba).

¹⁸¹ Hubo varios pronunciamientos judiciales para validar los acuerdos alcanzados con Microsoft en función de los distintos demandantes [la principal es la sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Columbia de 1 de noviembre de 2002, *NY v. Microsoft Corp.* 224 F. Supp. 2d 76 (DC Cir. 2002), que fue confirmada por la sentencia de 30 de junio de 2002, ponente D. H. Ginsburg, *Massachusetts v. Microsoft*, 373 F. 3d 1199, 1230 (DC Cir. 2004)], véanse R. B. HESSE “Section 2 and U.S. v. Microsoft: What is to be learned?” (2009) *Antitrust Law Journal* 75/3, pp. 857-861; D. L. RUBINFELD “Access remedies in Antitrust High Technology Cases” en F. LEVEQUE / H. SHELANSKI (eds) *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, 2003, pp. 146-157.

B) Obligaciones de comportamiento

79. Las obligaciones de conducta son el remedio preferido por el legislador cuando el expediente sancionador concluye con la imposición de obligaciones a los sujetos investigados. En este caso, el cese de la infracción se concreta y materializa a través de la imposición de obligaciones específicas de comportamiento. La autoridad de competencia prescribe y regula el comportamiento del infractor. Este desarrollo y concreción del remedio por la autoridad de competencia persigue eliminar cualquier incertidumbre sobre qué conducta ha de verificar para cumplir con su decisión, restableciendo la legalidad y la libre competencia en el mercado.

80. Se trata de obligaciones que tienen vocación prospectiva, con una duración limitada en el tiempo y cuyos efectos pueden revertirse¹⁸². En términos generales, se trata de obligaciones de hacer o de no hacer, que limitan la capacidad del infractor de comportarse libremente¹⁸³, normalmente respecto de la contratación en el mercado o respecto del ejercicio de derechos de propiedad. Se limita la libertad contractual (que normalmente y en condiciones normales mejora el bienestar social y es lo más eficiente) cuando se ha abusado de ella¹⁸⁴.

81. Como ocurre con las obligaciones estructurales, existe el riesgo de que las obligaciones de conducta conduzcan a la eliminación de comportamientos pro-competitivos de las empresas y, por ello, su diseño debe evitar que esto ocurra¹⁸⁵. Rigen aquí también las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad ya reseñadas. Adicionalmente, requieren un control o supervisión más intensa que las obligaciones estructurales¹⁸⁶.

82. Las obligaciones de conducta adoptan diversas modalidades en función de la infracción frente a la que reaccionan¹⁸⁷. Así, frente a la negativa de suministro o de licencia, se impone la obligación de suministro o de licenciar. Frente a los abusos en materia de precios (discriminación, descuentos selectivos o precios predatorios) se impone la obligación de establecer precios justificados por consideraciones objetivas. Frente a las ventas vinculadas o en paquete, se impone la obligación de no continuar con ellas y de vender los productos/servicios de manera independiente y separada. Frente a un acuerdo de exclusividad, que cierra el mercado, se impone la terminación y renuncia a la misma como obligación.

83. Los apartados siguientes examinan, de manera no exhaustiva, algunas de las obligaciones de conducta que se han impuesto por las autoridades de defensa de la competencia, distinguiendo las que se formulan de manera negativa (como obligaciones de no hacer o prohibiciones, *infra* §V.5.B.a) de las que lo hacen de manera positiva (como obligaciones de hacer, *infra* §V.5.B.b)¹⁸⁸.

¹⁸² A diferencia de las obligaciones estructurales, con las obligaciones de conducta existe un mayor riesgo de que los afectados actúen para soslayarlas o evitar su eficacia, véase FOX (2005) *Tulane Law Review* 80, p. 574.

¹⁸³ PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 266.

¹⁸⁴ PAGE (2009) *Antitrust Law Journal* 75: 778-779. Pero la limitación de la libertad contractual del presunto infractor tiene sus límites y el TGUE ha declarado que, en la medida que existan vías alternativas, “como la libertad contractual debe seguir siendo la norma, en principio no puede reconocerse a la Comisión, en el marco de las facultades de intimación de que dispone para hacer cesar las infracciones del apartado 1 del artículo 85, la facultad de intimar a una parte para que establezca relaciones contractuales, ya que por lo general la Comisión dispone de vías adecuadas para obligar a una empresa a poner fin a una infracción” [¶51 de la STGUE de 18 de septiembre de 1992, T-24/90 *Automec v. Comisión* (ECLI:EU:T:1992:97)].

¹⁸⁵ LOPATKA / PAGE (2001) *George Mason Law Review* 9/3, p. 700.

¹⁸⁶ KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1293 (“they can entail extensive judicial supervision and continuing intervention to interpret remedial commands and see that they are obeyed”).

¹⁸⁷ SHELANSKI, / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 52 [“A prohibitory injunction is appropriate when the defendant has engaged in active illegal conduct—for example, imposing an exclusive provision in a supply contract that prevents a supplier or a customer from dealing with the defendant’s rivals. Less often, a mandatory injunction may be necessary if the defendant has illegally refused to deal. If the defendant has illegally acquired durable monopoly power or market power, the court may issue a structural injunction, require the defendant to divest (or not to acquire) certain assets”].

¹⁸⁸ La clasificación de las obligaciones impuestas como positivas (de hacer) o negativas (de no hacer) puede resultar un tanto artificial en la medida en que ocasionalmente puede formularse una directriz de comportamiento destinada a conseguir un mismo resultado tanto como una obligación positiva como negativa (prohibición).

a) Obligaciones de conducta negativa (prohibiciones)

84. La obligación negativa por excelencia es la orden de cesación de la conducta prohibida (*supra* §IV), pero se conceptúa aquí como un remedio independiente y distinto del mandamiento de cese y desistimiento de la conducta infractora. Por tanto, las obligaciones de conducta negativa comprenderán la imposición de obligaciones de no hacer que van más allá del mero cese en la infracción, a través de la descripción y concreción por la autoridad de defensa de la competencia de otras conductas concretas que se prohíben.

85. Es el caso, por ejemplo, de las órdenes de anulación de contratos a través de los que se materializaba la conducta anticompetitiva¹⁸⁹. Así ocurre, por ejemplo, cuando se impone prohibición de utilizar las cláusulas de exclusividad en la distribución de productos por un operador dominante¹⁹⁰. Igualmente, cuando la práctica prohibida consistía en la restricción al canal farmacia de la venta de determinados productos alimenticios (acompañada de una fijación de precios de venta al público), que era anunciada como tal por los fabricantes, se prohíbe establecer esa exclusividad en sus contratos de distribución y se les ordena dejar de anunciar la venta exclusiva en farmacias¹⁹¹.

86. No obstante, no está justificada la prohibición genérica de las cláusulas de exclusividad en la venta de productos o en la contratación de servicios, sino tan sólo en aquéllos casos en los que por las circunstancias en que se utilicen existe una infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas y las exclusivas conducen a un cierre del mercado¹⁹².

b) Obligaciones de conducta positiva

87. Cuando la conducta presuntamente anticompetitiva ha modificado sustancialmente el mercado y la mera prohibición de determinadas prácticas no es suficiente para restablecer la situación competitiva previa a la infracción, las autoridades de defensa de competencia puede recurrir a la imposición de remedios obligacionales que se formulen en términos positivos¹⁹³. Expresadas en términos afirmativos, las obligaciones de hacer que se imponen al infractor buscan corregir un comportamiento pasado que se estima anticompetitivo e ilícito. Constituyen algo distinto de la orden de remoción de efectos (*infra* §VI), porque lo que estas obligaciones positivas persiguen es modificar el comportamiento de la empresa para hacerlo procompetitivo y presumiblemente lícito en el futuro. Las obligaciones de hacer no persiguen otra cosa que especificar, sin lugar a dudas, el comportamiento requerido por la autoridad.

88. En efecto, en ocasiones, dado el poder de mercado que acumula un operador, las obligaciones de conducta negativas no son suficientes si no se acompañan de mandatos positivos que busquen restaurar el equilibrio competitivo en el mercado¹⁹⁴. El catálogo de posibles obligaciones de hacer que pueden imponerse depende del tipo y de las características de la conducta del presunto infractor y de la valoración de la autoridad sobre su carácter anticompetitivo, y se busca corregirlo, eliminando cualquier

¹⁸⁹ WALLER (2009) *Antitrust Law Journal* 76: 17.

¹⁹⁰ Véase *Sentencia del Tribunal Federal de Distrito de Delaware de 26 de abril de 2006*, ponente S. L. Robinson (“*Dentsply shall not condition the sale of its teeth or any other product to a dealer, or authorize a person as a dealer of Dentsply teeth, based on that dealer's sale of non-Dentsply teeth or that dealer's consideration to sell non-Dentsply teeth*”), como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Federal de Apelación del Tercer circuito de 24 de febrero de 2005. *U.S. v. Dentsply*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005, ponente J. F. Weis).

¹⁹¹ Véase RTDC de 11 de diciembre de 1998 (409/97 *Alimentos infantiles*, ponente F. Bermejo).

¹⁹² Véanse §§205-210 de la STGUE (sala 2ª ampliada) de 8 de junio de 1998, *Langnese Iglo GmbH*, T-7/93 (ECLI:EU:T:1995:98) y §§159-164 de la STGUE (sala 2ª ampliada) de 8 de junio de 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG v. Comisión*, T-9/93 (ECLI:EU:T:1995:99).

¹⁹³ Véase BARNETT (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 38 (“*When extensive changes have occurred in the affected market, it may be difficult or even impossible to reestablish an opportunity for competition simply by barring the specific exclusionary practices or other, similar conduct. In those situations, a conduct remedy requiring affirmative steps may be necessary to reestablish the opportunity for competition*”).

¹⁹⁴ CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 189 (e incluso así resultar insuficientes).

duda o vestigio sobre su carácter anticompetitivo. El caso paradigmático de obligación positiva busca corregir una omisión que cabe tildar de anticompetitiva e ilícita. El elenco que se ofrece a continuación no pretende ser exhaustivo, pero puede imponerse la obligación de contratar (*infra* §V.5.B.b.i), la obligación de modificar un contrato (*infra* §V.5.B.b.ii) o la obligación de comunicar y/o publicitar la decisión de la autoridad (*infra* §V.5.B.b.iii). Las prácticas anticompetitivas relacionadas con la explotación de patentes u otros derechos de propiedad intelectual han dado lugar a la imposición de obligaciones de conducta específicas sobre ellos (*infra* §V.5.B.b.iv). Teóricamente, también cabe plantearse que las autoridades impusieran obligaciones de reembolsar los beneficios ilícitos obtenidos o de compensar el daño (*infra* §V.5.B.b.v). En fin, las obligaciones de conducta que se impongan pueden ser muy heterogéneas en función de la situación que intentan remediar (*infra* §V.5.B.b.vi).

i) Obligación de contratar

89. En este caso, la restauración y el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado requieren la imposición al infractor de la obligación de contratar con otros sujetos en condiciones razonables. En muchos casos la implementación de este mandato puede no resultar fácil¹⁹⁵.

90. La obligación de contratar comprende también aquéllos supuestos en que, habiendo existido por parte de un operador dominante la negativa a contratar o suministrar, se impone la obligación de suministrar de sus bienes o servicios a otros operadores¹⁹⁶. El mercado de los servicios de mantenimiento de productos fabricados por operadores dominantes puede presentar una situación análoga, y se impone —en tal caso— la obligación de suministrar recambios en condiciones comerciales razonables y a precios fijos¹⁹⁷.

91. Esta situación se plantea también en aquellos supuestos en que el acceso a determinados insumos es esencial para competir en el mercado (así, por ejemplo, la programación semanal de TV para desarrollar un negocio de guías semanales de TV)¹⁹⁸. El supuesto es análogo también al que se suscita cuando se priva del acceso a una organización a un operador cuando la pertenencia a la misma es indispensable para actuar en el mercado y comportarse de manera competitiva¹⁹⁹.

92. En la experiencia española, ante una negativa de suministro del operador dominante tanto en el mercado de fabricación como de distribución de labores de tabaco, se impuso la obligación de suministro en condiciones razonables y no discriminatorias²⁰⁰. Igualmente, en otro caso, se impuso

¹⁹⁵ Véase PAGE (2009) *Antitrust Law Journal* 75, p. 779 (“Mandatory dealing remedies are also rare because they are difficult to implement”).

¹⁹⁶ *Commercial Solvens Corporation* (CSC) había interrumpido el suministro de amino-butanol a uno de sus clientes (*Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja S.p.A.*) cuando se trataba de un componente era necesario para la fabricación por Zoja de un medicamento antituberculoso (ethambutanol), la decisión se había adoptado precisamente coincidiendo con la integración vertical de CSC para producir ese medicamento ella misma. La Comisión ordenó el suministro inmediato a Zoja y la presentación a la Comisión para su aprobación de un plan de suministro en el futuro (art. 2 de la Decisión 72/457/CEE de 14 de diciembre de 1972, *IV/26.911 ZOJA/CSC-ICI*), confirmada por STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corp. V. Comisión*, asuntos 6 y 7/73 (ECLI:EU:C:1974:18). Véase también artículo 3 de la decisión de la Comisión 78/68/CEE de 8 de Diciembre de 1977 (*IV/29.132 Hugin/Liptons*), anulada por el TJUE al estimarse que la Comisión no había acreditado que la conducta de Hugin afectara al comercio entre los Estados Miembros (STJUE de 31 de mayo de 1979, asunto 22/78, *Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd. v Comisión*, ECLI:EU:C:1979:138, ponente M Sørensen).

¹⁹⁷ Véase Decisión de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2011 (COMP/39692/ *IBM Servicios Mantenimiento*).

¹⁹⁸ Si la cesión tiene lugar a través de licencias, los cánones que se cobren deben ser razonables, véase art. 2 de la Decisión de la Comisión Europea 89/205/CEE de 21 de diciembre de 1988 (*IV/31.851 Magill TV Guide/ITP, BBC & RTE*), confirmada después por SSTGUE (Sala 2ª) de 10 de julio de 1991, T-76/89, *ITP v Comisión* ECLI:EU:T:1991:41; T-69/89, *RTE v. Comisión* ECLI:EU:T:1991:39; T-70/89 *BBC v Comisión* ECLI:EU:T:1991:40; y en apelación por STJUE (Pleno) de 6 de abril de 1995, C-241 y 242/91P, *RTE e ITP v. Comisión*, ECLI:EU:C:1995:98 (ponente G.C. Rodríguez Iglesias).

¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, la imposición de la obligación de reanudar el sistema de pases en común para todas las zonas de esquí, sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 19 de junio de 1985 (ponente J. Stevens) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

²⁰⁰ Confirmando las medidas cautelares previas impuestas por las RTDC de 26 de mayo de 1997 (MC 25/97 *Tabacalera*,

al operador dominante la obligación de proporcionar acceso a la interconexión al servicio telefónico aeroportuario a una empresa a la que antes se le había denegado el acceso, impidiendo su entrada en el mercado²⁰¹.

ii) Obligación de modificar un contrato

93. Un amplio conjunto de supuestos buscan alterar las reglas contractuales con arreglo a las cuales un sujeto opera en el mercado, tratando de reformar o eliminar aquéllas reglas o condiciones en los contratos que se consideran anticompetitivas o que provocan o inducen a una conducta anticompetitiva²⁰².

94. El grado de concreción de la obligación de reformar el contrato varía de un caso a otro, y puede requerir la renegociación del mismo con el resto de los contratantes²⁰³. El caso extremo supone la obligación de rescindir o dejar sin efectos un contrato que se ha estimado anticompetitivo²⁰⁴.

95. Tratándose en muchos casos de abusos de posición dominante²⁰⁵, no es infrecuente, que se imponga la obligación de eliminar las cláusulas o condiciones contractuales de exclusividad de un operador dominante en el mercado²⁰⁶. En otros casos, en la medida que la conducta anticom-

ponente J. Rubí, con varios votos particulares), de 30 de julio de 1997 (MC 21/97 *Tabacalera*, ponente J. Rubí) y de 22 de diciembre de 1997 (MC 25/97 *Tabacalera*), véase RTDC de 24 de abril de 2002 (486/00 *McLane/Tabacalera*, ponente J. Pascual) y SSTs de 3 de marzo de 2009 (ponente M. Campos, [ECLI: ES:TS:2009:985](#) y ponente J. M. Bandrés [ECLI: ES:TS:2009:1009](#)) pero que suscitó una controvertida ejecución (véase *infra* n267 y 274)

²⁰¹ RTDC de 1 de febrero de 1995 (350/94 *Teléfonos en aeropuertos*, ponente A. Petitbó), confirmada por STS de 6 de marzo de 2003 (recurso 9710/1997, ponente M. Campos), confirmando las medidas cautelares de RTDC de 8 de abril de 1994 y de 7 de noviembre de 1994 (MC 8/1994 *Teléfonos en aeropuertos*): “ordenar a TELEFÓNICA que suprima los obstáculos que opone para la concesión de líneas telefónicas a 3C Communications”.

²⁰² La RTDC 7 de marzo de 2005 (575/04 *Fabricantes de cartón 2*, ponente E. Conde) obliga a modificar contratos de licencia y sub-licencia entre AFCO y una empresa de cartonajes (que devenía fabricante exclusiva para todos los asociados de AFCO) y también a modificar el sello de calidad de la asociación que impedía fabricar cartón sin ajustarse a ciertos parámetros (confirmada STS de 1 de marzo de 2012, [ECLI: ES:TS:2012:1110](#), ponente J. M. Bandrés). Véase también art. 4 de la Decisión de la Comisión 98/538/CE de 17 de julio de 1998 (IV/36.010-F3 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato-AAMS*): “En particular, la AAMS modificará las cláusulas de los contratos de distribución aún en vigor, mencionadas en el artículo 2, de tal modo que queden eliminados los abusos comprobados en la presente Decisión. Comunicará los nuevos contratos de distribución a la Comisión”.

²⁰³ Véase artículo 5 de la Decisión de la Comisión 94/980/CE de 19 de octubre de 1994 (IV/34.446 *Trans Atlantic Agreement*), el TGUE anuló precisamente esta norma de la decisión de la Comisión que había impuesto la obligación de renegociar o terminar los contratos de prestación de servicios entre los cargueros y la conferencia marítima que no fueran considerados ilegales conforme al artículo 101 del TFUE (sólo las cláusulas del TAA sobre la fijación de precios y la capacidad lo eran), véase sentencia (sala 3ª) de 28 de febrero de 2002 T-395/94 *Atlantic Container Line AB y otros v. Comisión* ([ECLI:EU:T:2002:49](#)).

²⁰⁴ Los contratos de gestión publicitaria investigados en RCNC de 30 de julio de 2011 (S/0245/10 *Antena3/VeoTV/Disney Channel*, ponente J. Costas).

²⁰⁵ Una reciente excepción es el acuerdo por el grupo Godó y por el grupo Vocento para la comercialización conjunta y la oferta de espacios publicitarios en revistas semanales, que pudiera considerarse objetivamente anticompetitivo, se impone la obligación (*rectius* el compromiso) de que la contratación de servicios se realice de determinada manera, con una fijación independiente de tarifas y creándose un departamento específico para la facturación de esos servicios mediante la creación de un departamento específico para la facturación, que no comparta la información con ninguno de los grupos partícipes en el acuerdo (véase RCNC de la CNC de 30 de junio de 2011 (S/0246/10 *Godó/Vocento*, ponente J. Costas). Véase también resuelve 3º y 4º de la RCNC 24 noviembre 2011 (S/0232/10 *Prisa/GrupoZ*, ponente P. Sánchez), aunque esta última ha sido anulada por SAN de 7 de mayo de 2013 (ponente M. Pedraz, [ECLI:ES:AN:2013:1991](#)).

²⁰⁶ En el conocido caso *Lorain Journal* [sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 11 de diciembre de 1951 (ponente H. H. Burton), *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (1951)], un periódico local que controlaba el mercado de la publicidad local y rechazaba vender espacio publicitario a los comerciantes que hacían publicidad en una emisora de radio local. El Tribunal Supremo confirmó el carácter ilícito de su conducta, que excluía del mercado a su principal rival [342 U.S. 143, 150-154 (1951)], confirmando el remedio de eliminar la exclusividad en su política publicitaria y de divulgar públicamente que lo estaba haciendo [342 U.S. 143, 157-158 (1951)]. Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 1, p. 271. Entre nosotros, la RTDC de 25 de junio de 2001 (497/00 *Seguros Médicos de Ciudad Real*, ponente M. Comenge) ordena al Seguro Colegial Médico Quirúrgico, S.A. eliminar las cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de servicios con los médicos de su plantilla (“no podrá prestar servicios de su profesión y de ninguna especialidad de la misma a cualquier otra compañía de seguros privados de asistencia sanitaria”), como remedio frente a su abuso de posición dominante

petitiva prohibida se materializa en el precio, se obliga a modificar las cláusulas de determinación del precio²⁰⁷.

96. De otro lado, en los contratos de distribución es posible que algunas limitaciones impuestas por el fabricante se consideren anticompetitivas, y deban modificarse para acomodarse a la legislación de defensa de la competencia²⁰⁸. Otro tanto ocurre si el carácter anticompetitivo se deriva de la duración excesiva de un contrato de distribución o del ámbito de las cláusulas de no competencia, ordenándose modificar esas cláusulas²⁰⁹.

97. Finalmente, cuando un acuerdo anticompetitivo se ha articulado a través de una entidad que incluía en sus estatutos sociales algunas reglas que podían provocar o producir efectos anticompetitivos, la decisión de la autoridad de competencia impone la obligación de reformarlas²¹⁰.

iii) Obligaciones de comunicación/publicidad de la decisión de la autoridad

98. La información y divulgación pública de la decisión de la autoridad de la competencia puede contribuir al restablecimiento de la legalidad vulnerada y de la libre competencia. Así, a través de su comunicación y publicidad, corriendo el infractor con los costes de la misma, se refuerza su carácter disuasorio, agravando el castigo a su reputación, y también se recalca su carácter ejemplarizante frente a terceros. Por ello, no es infrecuente que la legislación de defensa de la competencia introduzca la obligación de publicación de la resolución de la autoridad de competencia como “medida de acompañamiento” que se impone al infractor (así ocurría en la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de defensa de la competencia)²¹¹. Actualmente, a falta de una previsión legal autónoma, expresa y generalizada sobre la

en el mercado de los seguros sanitarios privados en la provincia de Ciudad Real (confirmada por SAN de 10 de diciembre de 2003, [ECLI:ES:AN:2003:3442](#), ponente M. Robles). Recientemente, la RCNMC de 13 de julio de 2017 ([S/DC/0567/15 Estudios de Mercado Industria Farmacéutica](#), sin ponente) impone a IMS la obligación de renunciar a distintas cláusulas de sus contratos con los distribuidores mayoristas para el suministro de información sobre venta de productos farmacéuticos (p. ej., cliente más favorecido, terminación anticipada, obligación de notificación en caso de suministro a otras entidades, etc.).

²⁰⁷ ¶¶759-761 de la Decisión de la Comisión UE de 19 de diciembre de 2007 ([COMP/34579 Mastercard](#), [COMP/36518 Eurocommerce](#), [COMP/38550 Commercial Cards](#)).

²⁰⁸ Véanse la RCNC de 22 de septiembre de 2001 ([S/302/10 Orona/Omega](#), ponente J. Costas) por la que se obliga a la modificación de las cláusulas contractuales sobre el alcance de los pactos de no competencia y las acciones publicitarias y la RCNMC de 29 de junio de 2017 ([S/DC/0548/15 Schweppes](#), sin ponente) por la que se ordena la modificación de los acuerdos entre *Schweppes* y sus distribuidores que restrinjan las importaciones paralelas de productos de su marca (excluyendo sólo los fabricados en el Reino Unido por *Coca-Cola*), obligándose también a comunicar dicha previsión a los comercializadores firmantes y limitando también al nuevo ámbito los eventuales procedimientos judiciales en curso y medidas cautelares (véase *infra* n214).

²⁰⁹ Véanse Decisiones de la Comisión 2006/446/CE de 12 de abril de 2006 ([COMP/B-1/38348 REPSOL C.P.P.](#)) y de 18 de junio de 2012 ([COMP/39736 Areva/Siemens](#)). La RCNC de 7 de septiembre de 2010 ([SA CAN0003/10 Explosivos canarios](#), ponente I. Gutiérrez) ordena la reducción de la duración de los contratos a dos años (con una prórroga de otro) y la eliminación de la obligación de un volumen fijo de compras.

²¹⁰ Por ejemplo, se impone la modificación de los estatutos de *Ambulancias Conquenses, S.L. UTE*, constituida para participar en un concurso público de adjudicación de los servicios de asistencia sanitaria por 13 empresas de ambulancias de Cuenca, algunos de cuyos preceptos fueron considerados infracción del artículo 1 de la LDC, véase resuelve 4 de la RTDC de 20 de septiembre de 2006 ([595/05 Ambulancias Conquenses](#), ponente J. Costas): “Ordenar a las trece empresas autores de la conducta declarada prohibida que, en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de esta Resolución, adopten la conducta que consideren adecuada para eliminar de los estatutos de “*Ambulancias Conquenses S.L. UTE*” aquellos aspectos que en esta Resolución se consideran restrictivos de la competencia. En particular, el artículo 2 de los estatutos debe limitar el objeto social de la Unión Temporal de Empresas a la prestación de servicio público de transporte sanitario terrestre derivado del contrato suscrito con el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (*SESCAM*). Y el artículo 11 se debe modificar con el objeto de limitar la prohibición de competencia a las empresas que integran la UTE, sin poder alcanzar en ningún caso a los socios de éstas, así como limitar su ámbito geográfico a la provincia de Cuenca.”

²¹¹ Véase artículo 46.4 de la LDC1989, que establecía que “Las resoluciones sancionadoras del Tribunal, una vez notificadas a los interesados, se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” y, en la forma que aquél estime adecuada, en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas. El coste de la inserción de las resoluciones correrá a cargo de la persona o empresa sancionada. El Tribunal podrá asimismo acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras, en la forma prevista en el párrafo anterior”. Esa mención ha desaparecido en la regulación sobre la publicidad de las decisiones en los vigentes LDC (art. 27.4)

orden de publicación al infractor –como ocurría con la LDC1989– sólo es concebible que este remedio se articule como la imposición de una obligación de conducta que aumenta el carácter punitivo de la decisión de la autoridad y que busca disuadir de la comisión de futuras infracciones, correspondiendo a la autoridad de competencia la indicación de la forma, contenido y lugar de la publicación²¹².

99. Por otro lado, con el propósito de transmitir información individualizada sobre el carácter anticompetitivo de una conducta y de la condena al infractor, normalmente de una obligación o de un acuerdo que se han declarado nulos e ilícitos por anticompetitivos (sobre todo en relaciones verticales)²¹³ en numerosas ocasiones las autoridades de competencia han impuesto específicamente la obligación al infractor de realizar una comunicación individualizada a los colectivos que directa o indirectamente se puedan haber visto afectados por ella (clientes²¹⁴, asociados²¹⁵ o colegiados²¹⁶).

y RDC (art. 23.1). Esto ha llevado a nuestros tribunales a anular la obligación de publicidad impuesta por la CNC en el nuevo régimen legal [FD7º de SAN de 28 de mayo de 2014, [ECLI: ES:AN:2014:2511](#) y FD8º de SAN 15 de octubre de 2012, [ECLI: ES:AN:2012:4315](#), ponente de ambas A. I. Gómez, que anulan en este punto la condena a a INTERLÚN y CESPAN por RCNC de 18 de enero de 2010, *S/0014/07 Gestión de recursos sanitarios*, ponente Mª J. González, que se apoya la STS de 21 de julio 2009 ([ECLI:ES:TS:2009:5059](#), ponente J.M.Bandrés). Véase también, en el mismo sentido, de la misma ponente, SAN de 19 de febrero de 2013 ([ECLI:ES:AN:2013:932](#)). El FD7º de la STS de 2 de Junio de 2015 ([ECLI:ES:TS:2516/2015](#), ponente E. Espín) parece dar por válida esa argumentación al pronunciarse sobre la SAN de 15 de noviembre de 2012 ([ECLI: ES:AN:2012:5326](#)) que en su FD13º había copiado las SSAN anteriores para anular la condena a CEPSA a que publicase la RCNC de 30 de julio de 2009 (*652/07 REPSOL/CEPSA/BP*, ponente P. Sánchez).

²¹² Véanse, por ejemplo, resuelve 4º de la RCNC de 22 de julio de 2009 (*648/08 Hormigones Cantabros*, ponente I. Gutiérrez) y resuelve 5º de la RCNC de 17 de mayo de 2010 (*S/016/08 Almacenes de Hierro*, ponente J. Costas). De hecho, sobre esta última la resolución de vigilancia de 28 de abril de 2016 (*VS/0106/08 Almacenes Hierro*, sin ponente) concluía (FD3º.1): “La UAHE ha difundido la Resolución entre sus asociados, incluso más allá de lo ordenado por cuanto que, además de la publicación en la revista INFOACERO, los asociados preguntados han reconocido haberla visto en la revista interna de la UAHE, incluso algunos han indicado que se les envió por email desde la propia UAHE, antes de haberla tratado en la Asamblea de la UAHE, en fecha de 17 de octubre de 2010”.

²¹³ ¶158 de la STGUE (sala 2ª ampliada) de 8 de junio de 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG v. Comisión*, T-9/93 ([ECLI:EU:T:1995:99](#)).

²¹⁴ Véase ¶¶763-769 de la Decisión de la Comisión UE de 19 de diciembre de 2007 (*COMP/34579 Mastercard, COMP/36518 Eurocommerce, COMP/38550 Commercial Cards*). En la praxis de las autoridades españolas véase, por ejemplo, las RCNC de 22 de septiembre de 2001 (*S/302/10 Orona/Omega*, ponente J. Costas); RTDC de 30 de noviembre de 1998 (*389/96 Cervezas Mahou*, ponente L. Berenguer) y de 7 de octubre de 2002 (*525/01 Mercasevilla/Pescados*, ponente J. J.Franch), que ordena a Mercasevilla, S.A. “la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos de los diarios de información general de mayor circulación en Sevilla, a su costa, imponiéndole una multa coercitiva de 200 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de esta obligación” y a “que notifique a su costa, en el plazo de dos meses, a todos los mayoristas de pescados que operan en esa Unidad Alimentaria el texto íntegro de la Resolución” (resuelve 4º y 5º). Igualmente, resuelve 4º de la RTDC de 2 de noviembre de 2004 (*578/04 EKO-AMA MONDÁRIZ*, ponente J. Pascual) y la misma obligación se impuso a Telefónica en la RTDC de 1 de abril de 2004 (*557/03 Telefónica/Astel*, ponente F.Torremocha) por su abuso de posición de dominio mediante la vinculación de la prestación de ciertos servicios a la no-preasignación de los clientes con otras operadoras y mediante campañas desleales de publicidad, ordenándola “a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo, indicando que la preasignación de operador no supone ninguna implicación negativa en términos de calidad de servicio telefónico básico, mantenimiento de la línea, recepción o precio de los servicios suplementarios” (resuelve 4º). Esta última resolución fue anulada por la SAN de 31 de enero de 2007 ([ECLI:ES:AN:2007:1023](#), ponente J.Mª del Riego).

²¹⁵ A los asociados de la Unión de Criadores de Toros de Lidia, la Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, los Ganaderos de Lidia Unidos y la Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas en el resuelve 5º de la RTDC de 22 de julio de 1999 (*436/98 Ganaderías de Lidia*, ponente M. Comenge); a los Asociados de la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (PAZAH) en la RTDC de 9 de marzo de 2000 (*461/99 Autoescuelas Alcalá*, ponente J.J. Franch).

²¹⁶ Véanse resuelve 4º de la RTDC de 19 de enero de 2000 (*453/99 Expertos Inmobiliarios 3*); resuelve 4º de la RTDC de 7 de abril de 2000 (*472/1999 Farmacéuticos Valencia*, ponente J. Pascual); resuelve 4º y 5º de la RTDC de 22 de enero de 2001 (*480/99 Abogados Jerez*, ponente J. Pascual): “Ordenar al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera la remisión del contenido íntegro de esta Resolución a todos sus colegiados en el plazo de dos meses a contar desde su notificación” y “ordenar al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses desde su notificación, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general de mayor tirada nacional que se distribuyan en la provincia de Cádiz, imponiendo una multa coercitiva de 10.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación” (confirmada por SAN de 9 de febrero de 2004, recurso 104/2001, ponente J.Mª Riego). Véase resuelve 4º de la RTDC de 11 de octubre de 2001 (*504/00 Abogados Madrid*, ponente J. Pascual), aunque anulada por falta de culpabilidad por la SAN de 25 de octubre de 2004 ([ECLI: ES:AN:2004:6616](#)); RTDC de 28 de junio de 2008 (*351/94 Asociación de Tocoginecólogos de España*, ponente F. Bermejo), confirmada por SAN de 2 de

IV) Obligaciones de licencia o sub-licencia de Derechos Propiedad Intelectual o Industrial (DPII)

100. En atención a su relevancia y efectos para el obligado y sobre el funcionamiento del mercado en muchos sectores empresariales, las obligaciones relativas a los DPII pueden alternativamente conceptualizarse como obligaciones cuasi-estructurales (*supra* §V.5.A). Los remedios obligacionales sobre los DPII pueden llevar al cambio en la estructura o configuración de un sector industrial²¹⁷.

101. La imposición de obligaciones de licencia o sub-licencia de patentes es posible frente a las infracciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas en las industrias tecnológicas y farmacéuticas, incluyendo las patentes fraudulentas o inválidas²¹⁸. En el fondo buscan corregir esa situación e introducir pautas que debiliten la posición de poder que confieren las patentes y otros derechos de propiedad intelectual a un operador en el mercado o al menos posibilitar la entrada al mercado de una empresa o facilitar la competencia de otros operadores²¹⁹. Así, por ejemplo, cuando el acceso a una base de datos sobre áreas geográficas es considerada esencial para la distribución comercial de productos farmacéuticos (“1860 brick structure”), considerada indispensable para competir en el mercado, se puede imponer al operador dominante y titular de la misma la obligación de licenciarla en términos razonables y no discriminatorios²²⁰.

102. Las obligaciones de cesión mediante licencia o sub-licencia pueden comprender patentes, software o cualesquiera otros DPII amparados por derechos de explotación en exclusiva²²¹. La obligación debe indicar específicamente qué es lo que se ha de ceder, en qué condiciones (forma y precio) y la duración de la cesión²²². También puede consistir, por ejemplo, en la prohibición de que las licencias

abril de 1998 (ROJ: SAN 574/1998 ECLI: ES:AN:1998:574, ponente J. Delgado). Véanse también resuelve 6º de la RCNMC de 22 de diciembre de 2016 (S/DC/0560/15 *Colegio Abogados Guadalajara2*, sin ponente); resuelve 6º de la RCNMC de 15 de septiembre de 2016 (SAMAD/09/2013 *Honorarios Profesionales ICAM*, sin ponente) y resuelve 4º de la RCNMC de 17 de diciembre de 2015 (S/0299/10 *Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos*, sin ponente).

²¹⁷ KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, pp. 1304-1305 y FLORIS OW VOGELAAR “The Compulsory License of Intellectual Property Rights under the EC Competition Rules: an analysis of the exception to the general rule of ownership immunity from competition rules” (2009) *Competition Law Review* 6, pp. 117-137.

²¹⁸ El artículo 8.2. del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC contempla la posibilidad de que los Estados parte adopten medidas que prevengan el abuso de los derechos de propiedad intelectual que restrinjan la competencia (“*Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology*”). El grado de reconocimiento y aplicación de estas medidas es diverso y variable, aunque los remedios obligacionales impuestos por las autoridades de defensa competencia suelen ser una de las alternativas ampliamente utilizadas, véase OMPI, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO Member States to address anti-competitive uses of intellectual property rights*, CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/5, 4 de octubre de 2011. Véase L. SCHLAM “Compulsory Royalty-Free Licensing as an Antitrust Remedy for Patent Fraud: Law, Policy and the Patent-Antitrust Interface Revisited” (1998) *Cornell Journal of Law & Public Policy* 7, pp. 488-499.

²¹⁹ V. gr., la obligación de licenciar los derechos sobre la programación semanal de TV en Irlanda, STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE & ITP v. Comisión CE*, C-241-242/91P (ponente G. C. Rodríguez Iglesias ECLI:EU:C:1995:98); las licencias comerciales de “agrupadores de datos” hospitalarios AP-GRD por 3M España, S.A. en la RTDC de 5 de abril de 2002 (517/01 *Iasist/3M*, ponente M^a J. Muriel) confirmada por SAN de 14 de julio de 2005 (ponente M. Pedraz, ECLI: ES:AN:2005:3214); la obligación de no condicionar el arrendamiento de las máquinas patentadas para el procesamiento y utilización de sal al empleo de productos no patentados del titular de las patentes, sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 10 de noviembre de 1947 (ponente R. H. Jackson), *International Salt Co. v. U.S.*, 332 U.S. 392, 401 (1947) (“*In addressing the tying of salt products to leases of patented machines, the court stated that the goal of a suit in equity is not to punish past transgression nor end specific illegal practices, but to open markets*”).

²²⁰ Artículo 1 de la Decisión de la Comisión Europea 2002/165/CE de 3 de julio de 2001 (COMP D3/38.044, *Medidas cautelares NDC Health/IMS Health*), que fue suspendida por el TGUE véanse Autos del Presidente del TGUE de 10 de agosto de 2001 y de 28 de octubre de 2001, T-184/01R, *IMS Health c. Comisión*, ECLI:EU:T:2001:200 (y rechazada la apelación en su contra mediante Auto del Presidente del TJUE de 11 de abril de 2002, C-481/01PR, ECLI:EU:C:2002:223). La Comisión retiró las medidas en su Decisión 2003/741/CE de 13 de agosto de 2003 (COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares*).

²²¹ La Decisión de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2012 (AT.39654 *Reuters Instrument Codes*) obliga a Thomson Reuters ha crear una licencia específica para el uso de los *Reuters Instrument Codes* (RICs) en los datos obtenidos de competidores de Thomson (confirmada por STGUE de 15 de septiembre de 2016, T-76/14 *Morningstar v. Comisión*, ECLI:EU:T:2016:481).

²²² OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, 37.

de explotación de los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual impida las “ventas pasivas” de contenidos protegidos en mercados distintos de aquéllos para los que se había licenciado su explotación²²³.

103. En el caso de que el objeto del remedio sean derechos de patente, las aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas debe coherencia con la vigencia y la eficacia de los derechos de patente²²⁴. La obligación puede consistir en la licencia o sub-licencia de la patente en condiciones justas, razonables y no discriminatorias²²⁵.

104. También puede imponerse la prohibición de ejercer los derechos de patente (frente a presuntas infracciones), porque ese ejercicio se haya considerado abusivo²²⁶, o cuando la patente ha devenido un estándar esencial y en el titular de la patente se ha convertido en dominante²²⁷. En cualquier caso, es discutible si este tipo de remedios impuestos por las autoridades de defensa de la competencia son el mecanismo más adecuado y eficaz para corregir los presuntos abusos del titular de patentes esenciales sujetas a una obligación de licencia en términos justos, razonables y no discriminatorios²²⁸.

105. Por otra parte, en uno de los primeros casos de obligaciones de conducta relativos al comportamiento anticompetitivo de los consorcios de patentes, la Comisión Europea aceptó los compromisos de comportamiento sobre la licencia de los estándares de patentes de los CDs propiedad de Philips y Sony²²⁹.

106. Finalmente, en el caso del software, el remedio obligacional se puede articular como una licencia de interoperabilidad, que permita el funcionamiento efectivo de sistemas distintos mediante la utilización del mismo protocolo de comunicación. Se trata de una obligación de acceso a cierta tecnolo-

²²³ Sobre los acuerdos de concesión de licencia de películas suscritos por *Paramount* con *Sky* en el Reino Unido e Irlanda, véase Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2016 (*AT.40023 Acceso transfronterizo a Televisión de pago*).

²²⁴ Véanse Y. W. CHIN “Unilateral Technology Suppression: Appropriate Antitrust and Patent Law Remedies” (1998) *Antitrust Law Journal* 66: 441-453 y HERBERT HOVEMKAMP “Antitrust and the Patent System: A Reexamination” (2015) *Ohio State Law Journal* 467-564.

²²⁵ COTTER (2009) *Journal of Corporation Law* 34/4: 1192-1194; WALLER (2009) *Antitrust Law Journal* 76: 18 (“injunctions often have included the compulsory licensing of patents and other intellectual property for reasonable royalties, and occasionally on a royalty-free basis”). Así, por ejemplo, en la decisión sobre el cártel en la industria de los envases de cristal impuso la obligación de licencia gratuita de ciertas patentes existentes y de licencia onerosa de las patentes futuras, el Tribunal Supremo Norteamericano consideró la exigencia de gratuidad confiscatoria, aunque no si se pagaba una compensación razonable, véase Sentencia de 8 de enero de 1945 (ponente O. J. Roberts), *Hartford-Empire Co. v. U.S.* 323 U.S. 386, 412-413 (1945). En términos similares, véase sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 23 de junio de 1947 (ponente H. H. Burton), *U.S. v. National Lead Co.* 332 U.S. 319 (1947), que aceptó la imposición de una licencia obligatoria (onerosa) de las patentes sobre los pigmentos de titanio. Véase SCHLAM (1998) *Cornell Journal of Law & Public Policy* 7: 503-506. En otro conocido caso, la fabricante de fotocopiadoras *Xerox Corp.* fue obligada a licenciar algunas patentes que poseía que protegían tecnologías alternativas para la copia, véase W. K. TOM “The 1975 Xerox consent decree: Ancient Artifacts and current tensions” (2001) *Antitrust Law Journal* 68, pp. 967-990.

²²⁶ Muchos de estos casos se plantean en el marco de litigios privados, en los que se utilizan las normas de defensa de la competencia como argumento frente a la reclamación por infracción de los derechos de patente, véase T. HOPNER “Competition Law in Intellectual Property Litigation: The Case for a Compulsory Licence Defence Under Article 102 TFEU” (2011) *European Competition Journal* 7, pp. 297-322.

²²⁷ Mediante la solicitud de medidas cautelares por el operador dominante contra los usuarios de patentes que son estándares esenciales y existía un compromiso de licencia en términos justos, razonables y no discriminatorios (FRAND), véanse Decisiones de la Comisión de 29 de abril de 2014 (*AT.39985- Motorola-Explotación de patentes esenciales sobre estándares GPRS*; *AT.39939 Samsung-Explotación de patentes esenciales sobre estándares UMTS*). Véase también T. F. COTTER “Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses” (2009) *Journal of Corporation Law* 34/4, pp. 1189-1190.

²²⁸ Véanse D. H. GINSBURG / K. W. WONG-ERVIN / J. D. WRIGHT “The Troubling Use of Antitrust to Regulate FRAND Licensing” (2015) *CPI Antitrust Chronicle*, Oct. 2015 (1); J. L. CONTRERAS “Equity, Antitrust, and the Reemergence of the Patent Unenforceability Remedy” (2011) *Antitrust Source*, Oct.: 1-8 y, entre nosotros, A. SUÑOL “Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND” (2005) *Indret* 4/2005, pp. 38-41.

²²⁹ Véanse “La Comisión aprueba el Programa de licencias de CD de Philips y Sony”, 7 de agosto de 2003 (*IP/03/1152*) y M. Á. PEÑA CASTELLOT “Commission Settles Allegations of Abuse and Clears Patent Pools in the CD Market” (2003) *Competition Policy Newsletter* 3, pp. 56-59.

gía que es imprescindible para mantener la competencia efectiva en el mercado²³⁰. Este tipo de licencias tienen efectos análogos a un remedio estructural, contribuyendo a preservar el entorno competitivo en el mercado²³¹.

V) Obligación de restitución y reembolso de los beneficios ilícitos obtenidos o de compensar el daño

107. Las obligaciones mencionadas anteriormente buscan restablecer la legalidad y reinstaurar la competencia en el mercado, pero el amplio pabellón legal con que se configura la potestad de las autoridades de imponer obligaciones al infractor no excluiría, en línea principio, el mandato de corregir los efectos distributivos de su conducta²³². Se trataría entonces de un remedio monetario que obligara al infractor a restituir las ganancias ilícitamente obtenidas con la infracción. Este hipotético remedio restitutorio no tendría, en principio, carácter punitivo, pero inevitablemente el importe que el presunto infractor pagase en concepto de restitución de beneficios ilícitos desempeñaría un efecto disuasorio análogo al de una sanción monetaria. Además, obviamente, la restitución se podría solapar con la compensación a las víctimas cuando los beneficios ilícitamente percibidos se hubieran obtenido causando un daño a otro²³³.

108. Como es sabido, en la UE la tarea de compensar los daños provocados por una infracción de las normas de competencia corresponde a los jueces ordinarios y no a las autoridades de competencia²³⁴. En el caso de España, la reserva de jurisdicción supone que los jueces y tribunales tienen el monopolio de la resolución de cualquier conflicto jurídico²³⁵, con lo que una hipotética decisión de una autoridad de defensa de la competencia que calculase y obligase a la compensación de los daños provocados por la violación de una prohibición de conductas anticompetitivas constituiría una intromisión en la función jurisdiccional. En efecto, la función de aplicación de las normas de defensa de la competencia que se encomienda a las autoridades administrativas de competencia no llega tan lejos, ya que si así fuera se suplantaría una potestad exclusivamente reconocida a los jueces y los tribunales²³⁶. Al margen de la reserva de jurisdicción, se trata de un remedio procedente sólo en el plano privado y por vía judicial²³⁷, de modo que exclusivamente la jurisdicción es competente para conceder indemnizaciones de daños y perjuicios²³⁸.

²³⁰ Véase J. APON “Cases against Microsoft: Similar cases different remedies” (2007) *European Competition Law Review*, pp. 327-336 y D. CURLEY “Interoperability and Other Issues at the IP–Antitrust Interface: The EU Microsoft Case” (2008) *Journal of World Intellectual Property* 11/4, pp. 296–320. Un análisis de las especificidades del caso en los diversos trabajos de W. H. PAGE / S. J. CHILDERS “Software Development as an Antitrust Remedy: Lessons from the Enforcement of the Microsoft Communications Protocol Licensing Requirement” (2007) *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 14, pp. 77-136; “Bargaining in the Shadow of the European Microsoft Decision: The Microsoft-Samba Protocol License” (2008) *Northwestern University School of Law Review Colloquy* 102, pp. 332-354 y “Measuring Compliance with Compulsory Licensing Remedies in the American Microsoft Case” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 240-269

²³¹ SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 606.

²³² HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 61 (“it is not obvious that Article 7 should preclude direct measures to restore consumer welfare and, thereby, to remedy the distributive effects of an infringement”).

²³³ Pero la base teórica de la restitución no es la compensación a las víctimas sino la devolución del beneficio ilícito, que incrementa la disuasión, véase OECD *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 46.

²³⁴ Para una propuesta cómo introducirlo como un compromiso voluntario de las empresas en el marco de una terminación convencional del procedimiento sancionador o, alternativamente, como un atenuante del importe de la eventual sanción, véase J. H. J. BOURGEOIS / S. STRIEVI “EU Competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag” (2010) *World Competition* 33, pp. 241-255 (la propuesta descansa en el carácter voluntario de la alternativa y en que no excluye las tradicionales vías de compensación privadas).

²³⁵ Artículos 24 y 117.3 de la Constitución.

²³⁶ En atención a su independencia e imparcialidad, y al derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce a los causantes del daño y a las víctimas del mismo.

²³⁷ Véase C. GÓMEZ LIGUERRE “Disgorgement of Profits in Spanish Law” en E. HONDIUS / A. JANSSEN (eds.) *Disgorgement of Profits. Gain-based remedies through the world*, 2015, pp. 199-206.

²³⁸ Salvo que exista una previsión legal específica que lo autorice (como lo hace respecto de la potestad de la Administración de reclamar al infractor los daños que le haya causado un infractor, véase art. 28.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE236 de 2 de Octubre de 2015 y HUERGO *Las sanciones administrativas*, pp. 266-269) En general, véase FD3º.6 de la STS de 7 de Noviembre de 2013 (ROJ STS 5819/2013 ECLI: ES:TS:2013:5819, ponente R. Saraza): “la competencia del órgano administrativo y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que con-

109. Por otra parte, la implementación práctica de un hipotético remedio obligacional compensatorio presentaría otras dificultades, como es el riesgo de la compensación por defecto o por exceso (i.e., enriquecimiento injusto o la falta de compensación de algunos perjudicados), y también las pre-visibles dificultades que afrontarían las autoridades de competencia para calcular cantidad a abonar así como para identificar a los beneficiarios del reparto. Se trata de tareas, todas ellas, que exceden del mandato del legislador a nuestras autoridades de defensa de la competencia, que pueden entrañar una complejidad notable, y que les obligaría a detraer recursos de las funciones que tienen encomendadas.

110. En cambio, la posibilidad de imponer este tipo de obligaciones existe en Estados Unidos. El empleo de estos remedios ha sido más frecuente en el pasado, pero la posibilidad sigue existiendo en la actualidad. A través de ellas las autoridades de competencia norteamericanas realizan una suerte de aplicación cuasi-privada de las prohibiciones de conductas anticompetitivas. En efecto, partiendo de la idea de que no está bien que el infractor conserve los beneficios de su vulneración de la Ley²³⁹, se ha defendido la lógica de estos remedios obligacionales, sea mediante compensaciones en dinero efectivo o incluso mediante la entrega a las víctimas de cupones de descuento²⁴⁰. Tanto la *Federal Trade Commission*²⁴¹ como el *Department of Justice (Antitrust Division)*²⁴² tienen reconocida legalmente la potestad de imponer este remedio. Su utilización ha sido ratificada judicialmente en algunas ocasiones como una manifestación más de los amplios poderes que tienen legalmente reconocidos (aunque siempre requieren intervención judicial)²⁴³, sobre todo en aquéllos casos en los no hubiera riesgo de sobrecompensación, cuando las limitaciones del régimen de reclamaciones de daños las víctimas indirectas de la infracción de la competencia²⁴⁴ impedían a éstas obtener una compensación de los daños sufridos²⁴⁵.

ocieron del recurso contra el acto de aquel no alcanzaba a la cuestión de la repercusión del daño por parte de los compradores directos a sus clientes, esto es, para dictar sus resoluciones, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Tribunal de Defensa de la Competencia, no tenía que decidir quién había sufrido exactamente el daño y en qué medida. Esta cuestión es competencia exclusiva de la jurisdicción civil.”

²³⁹ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 11 de diciembre de 1944 (ponente W. O. Douglas), *U.S. v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173, 189 (1944) (“Those who violate the Act may not reap the benefits of their violations and avoid an undoing of their unlawful project on the plea of hardship or inconvenience”), y la ya citada sentencia de 13 de junio de 1966, *U.S. v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 577 (1966) (que establece que el remedio adecuado en un caso de monopolización puede incluir “depriv[ing] the defendants of any of the benefits of the illegal conduct”).

²⁴⁰ Sobre la utilización de cupones como mecanismo de pago por el presunto infractor, véanse S. BORENSTEIN “Settling for coupons: Discount contracts as compensation and punishment in antitrust suits” (1996) *Journal of Law & Economics* 39, pp. 379-404 y A.M. POLINSKY / D. L. RUBINFELD “A Damage-Revelation Rationale for Coupon Remedies” (2007) *Journal of Law, Economics and Organization* 23, pp. 653-661.

²⁴¹ Su poder se basa en los poderes genéricos que tiene reconocidos en materia de remedios y cubre también las infracciones de las normas de protección de consumidores y usuarios, donde ha sido más ampliamente utilizada [sección 13.b) de la FTC Act, 15 U.S.C. §53(b)]. La *Federal Trade Commission* adoptó un *Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases* (25 de julio de 2003) con arreglo al cual la devolución (*disgorgement*) a través de este remedio monetario solo procedía cuando se trataba de una violación clara de las normas de defensa de la competencia, existía una base razonable para el cálculo por la FTC del importe a devolver y no había probabilidad de otros remedios alternativos para alcanzar tal resultado. Estas directrices se retiraron el 31 de julio de 2012 porque se consideraron excesivamente restrictivas (77 Fed. Reg. 47070), aunque con la opinión en contra de Maureen K. Ohlhausen, 77 Fed. Reg. 47071. Una crítica a los riesgos e incertidumbre que conllevan la retirada del *Policy Statement* en A. F. ABBOTT “FTC Monetary Remedies Policy and the Limits of Antitrust” (2012) *Antitrust Source, Dic.*, pp. 1-8.

²⁴² Véanse secciones 4 de la Sherman Act (15 U.S.C. §4) y sección 15 de la Clayton Act (15 U.S.C. § 25) y DOJ, *Antitrust Division Manual*, 5ªed. agosto 2017, IV-83 (“Division attorneys should consider seeking orders for restitution in cases in which victims are unable or unlikely to seek treble damages or where the fashioning of such an order would not unduly complicate or prolong the sentencing process, and should also consider including restitution as part of plea agreements, particularly in circumstances where it appears that a defendant has insufficient resources to pay both a Guidelines criminal fine and damages to the victims of the violation”).

²⁴³ Véase *supra* n21 y Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 29 de Marzo de 1982 (ponente W. O. Douglas) *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, 573 y n8 (1972). Véanse también Sentencia del Tribunal Federal de Distrito, Distrito de Columbia de 7 de julio de 1999 (ponente T. F. Hogan) *FTC v. Mylan Lab. Inc.*, 62 F.Supp. 2d 25, 36-37 (D.D.C.1999) y sentencia del Tribunal Federal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York de 2 de febrero de 2011 (ponente W. H. Pauly III) *U.S. v. KeySpan Corp.*, 763 F. Supp. 2d 633, 638-42 (S.D.N.Y. 2011).

²⁴⁴ Véase Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 9 de junio de 1977 (ponente B. R. White) *Illinois Brick, Co. v. Illinois*, 432 U.S. 720, 737(1977).

²⁴⁵ Véase R. PITOFSKY “Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of Remedies” (2002) *Georgetown*

En cualquier caso, la cuestión no deja de resultar controvertida, dados los problemas antes apuntados²⁴⁶.

VI) Otras obligaciones

111. Las obligaciones de conducta impuestas pueden ser de lo más variado, las descritas en los apartados anteriores son las más utilizadas en la práctica, pero hay otras muchas. Refiriéndose a presuntos abusos de posición de dominio, frecuentemente la obligación que se impone trata de enmendar el comportamiento abusivo desplegado por el operador dominante. Como es lógico, sin acudir a las obligaciones estructurales, difícilmente puede mediante obligaciones de conducta eliminarse la posición dominante de un operador en el mercado²⁴⁷. Sin embargo, las obligaciones de comportamiento sí que pueden ser idóneas para afrontar las conductas abusivas del dominante (v. gr., imponiendo la obligación de configurar un producto de cierta manera que elimine su carácter anticompetitivo a los ojos de las autoridades de defensa de la competencia²⁴⁸).

112. Es creciente la imposición de obligaciones al presunto infractor de divulgar cierta información o proporcionar acceso no discriminatorio a la misma²⁴⁹. Entre las obligaciones más variopintas que se han impuesto por las autoridades federales norteamericanas figuran, por ejemplo, la obligación de someter a arbitraje las disputas con las partes co-contratantes sobre el posible carácter restrictivo o abusivo y la ilicitud del ejercicio de los derechos de terminación reconocidos en un contrato²⁵⁰; también, en la línea de los remedios restitutorios mencionadas (*supra* §IV.5.B.b.iv) se han aceptado los compromisos de reducir el precio o entregar cupones de descuento a los clientes pasados, que habrían sufrido la presunta infracción²⁵¹. En cambio, en la UE la experiencia sobre los remedios obligacionales en materia

Law Journal 91:174-176, con referencias a la ya citada sentencia de 7 de julio de 1999, *FTC v. Mylan Lab. Inc.*, 62 F.Supp. 2d 25 (D.D.C.1999). Aunque véase también D. K. PARK / R. WOLFRAM “The FTC’s Use of Disgorgement in Antitrust Actions Threatens to Undermine the Efficient Enforcement of Federal Antitrust Law” (2002) *Antitrust Source*, Sept., pp. 1-14.

²⁴⁶ Véanse STEPHEN CALKINS “Civil Monetary Remedies Available to Federal Antitrust Enforcers” (2006) *University of San Francisco Law Review* 40: 567-599; E. ELHAUGE “Disgorgement as an antitrust remedy” (2009) *Antitrust Law Journal* 76/1, pp. 79-95 y J. LEIBOWITZ “Building on the Muris and Pitofsky Years: Evolving Remedies from Time-outs to Civil Penalties (Not the Third Rail of Antitrust)” (2005) *Tulane Law Review* 85, pp. 601 y 602.

²⁴⁷ Múltiples razones impiden que se pueda obligar al operador dominante a dejar de serlo, obligándole a reducir su cuota de mercado, véase OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 40 (“For example, trying to attack a defendant’s market power directly by simply ordering it to reduce its market share to a certain percentage is not usually a good idea. This type of affirmative remedy will merely give the dominant firm an incentive to raise its price in an effort to shed customers and keep them away, thereby providing a price umbrella for competitors. The likely result is that consumers will be harmed by higher prices”).

²⁴⁸ Microsoft fue obligada a comercializar una versión de *Windows* sin el *Windows Media Player* (art. 6 de la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corp.*, y *supra* n119). Una situación análoga se planteó también, aunque finalmente sin éxito, hasta Abril de 2015 en la negociación de los compromisos de Google con la Comisión Europea, 39740 *Google Search (Shopping)*, que comprendían diversas medidas para corregir los sesgos en el buscador y garantizar la neutralidad, véase –ampliamente y con referencias a otros estudios previos– D. A. HYMAN / D. J. FRANKLYN “Search Bias and the Limits of Antitrust: An Empirical Perspective on Remedies” (2015) *Jurimetrics Journal* 55, pp. 339–380 (que consideran más eficaces los remedios “de arquitectura” que los remedios “de etiquetaje”). La Decisión final de la Comisión en este asunto, de 27 de julio de 2017, impone una multa a *Google* de €2.424.49.000 y le obliga a no discriminar a los sistemas de comparación de compra rivales (“In particular, Google has to respect the simple principle of equal treatment in its search results for its own comparison shopping product and rival comparison shopping products. Google has to apply the same processes and methods to position and display rival comparison shopping services in Google’s search results pages as it gives to its own comparison shopping service”, MEMO/17/1785).

²⁴⁹ Por ejemplo, la Comisión Europea impuso obligaciones de proporcionar acceso a determinada información técnica necesaria para la reparación de vehículos automóviles en sus Decisiones de 13 de septiembre de 2009 (COMP39140/E-2/*DaimlerChrysler*; COMP39141/E-2/*Fiat*; COMP39142/E-2/*Toyota* y COMP39143/E-2/*Opel*). Como es sabido, *Microsoft* también fue obligado a proporcionar acceso a cierta información indispensable (especificaciones del interfaz) para la interoperabilidad de los programas y servicios diseñados por otros programadores, artículos 2(a), 5(a) y 5(b) de la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 (COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corp.*), véase R. PITTMAN “Antitrust Remedies in a systems setting” (2011) *Antitrust Bulletin* 56/1, pp. 33-34.

²⁵⁰ J.T. HALVERSON “Arbitration and Antitrust Remedies” (1975) *Arbitration Journal* 30, pp. 25-33.

²⁵¹ Véase *supra* n240, aunque se pueda suscitar entonces el riesgo de que el compromiso de reducción del precio de lugar a precios predatorios [WALLER (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 27].

de precios es diferente: la Comisión Europea no llega a fijarlo directamente, pero introduce remedios obligacionales que afectan a variables que lo condicionan (p.ej., la forma en que se anuncien los precios, sus componentes y su vigencia²⁵²; los descuentos a favor de ciertos operadores²⁵³; la intercambiabilidad de ciertas tarifas aéreas²⁵⁴ o, incluso, impone precios máximos²⁵⁵).

113. De otro lado, en materia de colegios profesionales, en cuya organización pueden florecer algunas prácticas anticompetitivas de la organización colegial²⁵⁶, no es extraño que la decisión final de las autoridades de defensa de la competencia concluya en terminaciones convencionales en las que se adopte el remedio de obligar al colegio a modificar la normativa colegial a través de la que se verificaban las conductas presuntamente prohibidas²⁵⁷.

114. Finalmente, la praxis española ofrece muestras de remedios obligacionales atípicos y originales, como aquéllos que consisten en el mandato a las Administraciones (normalmente autonómicas o locales) de que modifiquen una regulación que se considera anticompetitiva. La atipicidad y la originalidad del remedio obligacional en estos casos radica en que la autoridad de defensa de la competencia ejerce sus poderes de manera exorbitante, pues no tiene potestad para ordenar el ejercicio de los poderes reglamentarios de otras Administraciones. En efecto, en rigor, con la legislación de defensa de la competencia en la mano, nada podrían hacer las autoridades de competencia en estos casos²⁵⁸. Sin embargo, las autoridades autonómicas de defensa de la competencia han encontrado la solución a través de la terminación convencional: se ha tratado siempre de expedientes sancionadores concluidos mediante acuerdo, lo que introduce una dinámica distinta (como ya se ha hecho referencia, *supra* §IV.1). No es cuestión de extenderse aquí sobre este particular, pero cuando algunas autoridades autonómicas han considerado partícipes de la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas a la Administración autonómica o local han acordado como remedio obligacional en la terminación convencional del expediente la reforma de la regulación local o autonómica o la adopción de una adecuada a los ojos de la autoridad autonómica²⁵⁹.

²⁵² Decisión de la Comisión de 7 de julio de 2016 (*AT.39850 Container Shipping*).

²⁵³ Véanse Decisiones de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 (*COMP/AT.39678/Deutsche Bahn I*; *COMP/AT.39731/Deutsche Bahn II*) sobre el sistema de fijación de precios de la corriente eléctrica para la tracción ferroviaria, limitando algunos descuentos e imponiendo otros obligatorios.

²⁵⁴ Véanse ¶¶124-131 y 203-211 de la Decisión de la Comisión de 14 de abril de 2010 (*COMP/39596 BA/AA/IB*), que impone la obligación de aceptar tarifas de otras compañías para el uso en sus vuelos en determinadas rutas.

²⁵⁵ Véanse Decisiones de la Comisión de 17 de diciembre de 2007 (*COMP/AT.34579 MasterCard I*, *COMP/AT.36518 EuroCommerce*; *COMP/AT.38580 Commercial Cards*) y de 26 de febrero de 2014 (*COMP/AT.39398 Visa MIF*), sobre la reducción de las tasas multilaterales de Intercambio de tarjetas de débito/crédito. Véase también Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2011 (*COMP/39.592 Standard & Poor's*) sobre las tasas por el uso de los números de identificación de valores Internacionales (ISIN) estadounidenses; véase también Decisión de la Comisión 9 de diciembre de 2009 (*COMP/38.636 RAM-BUS*) que acuerda la reducción de los cánones de uso de determinadas patentes para microprocesadores en vías de convertirse estándares esenciales JEDEC.

²⁵⁶ Permítase la referencia a F. MARCOS “La lucha contra las restricciones a la competencia en el mercado de servicios profesionales” (2002) *Gaceta Jurídica de la competencia* 219, p. 22-35.

²⁵⁷ Véanse *inter alia* RCNC de 20 de mayo de 2010 (*S/0127/09 Procuradores*, ponente J. Costas) en la que el Colegio acepta dar nueva redacción al artículo 30 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (sobre la *colaboración entre profesionales con ocasión de la sustitución*) con el texto acordado con la CNC; RCNC de 28 de julio de 2010 (*S/0189/09 Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos*, ponente I. Gutiérrez); RCNC de 22 de diciembre de 2010 (*S/0203/09 COAPI*, ponente P. Sánchez) en la que se incluye como remedio el cierre de los expedientes disciplinarios abiertos contra el denunciante; RCNC de 28 de diciembre de 2010 (*S/0235/10 Convenios FEMP-Consejos Superiores de Colegios*, ponente M^ªJ. González). Las autoridades autonómicas han dictado decenas de resoluciones similares.

²⁵⁸ Si el origen o la fuente de la conducta anticompetitiva que se persigue remediar radica en una previsión legal que las autoridades de competencia no pueden cambiar, Fox “Remedies and the Courage of Convictions in a Globalized World: How Globalization Corrupts Relief” (2005) *Tulane Law Review* 80, p. 575. Véase, por ejemplo, la Decisión 97/744/CE de la Comisión de 21 de octubre de 1997 relativa a las disposiciones en materia laboral de la legislación portuaria italiana, *Raso* (DO L301 de 05 de noviembre de 1997, 17-26).

²⁵⁹ Se analizan en F. MARCOS “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?” (2018) *Indret* 1/2018, pp. 27-33 (<http://www.indret.com/pdf/1373.pdf>) (al hilo de la resolución del TCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010, *13/2009 Ayuntamiento de Solsona*, –ponente A. Gibert– y de la resolución del Consejo de la AVC de 4 de septiembre de 2014, *10/2012 Servicios Farmacéuticos Residencias 2* –sin ponente–).

6. Control de cumplimiento de las obligaciones

115. Los términos en que se redacten las obligaciones impuestas son claves para su eficacia y, eventualmente, el control de su cumplimiento²⁶⁰. No puede asumirse que siempre los remedios obligacionales impuestos serán objeto de cumplimiento voluntario²⁶¹ o que ese cumplimiento será sencillo²⁶². La obligación impuesta no puede ser una mera reiteración de la prohibición legal de prácticas anticompetitivas, y debe ser un mandato practicable. Asimismo, las autoridades de competencia deben evitar, por esta vía, convertirse en autoridades de regulación o supervisión, pues ese no es su cometido²⁶³.

116. La imposición de obligaciones genera costes de implementación y control de su cumplimiento que son soportados tanto por la autoridad de defensa de la competencia como por las empresas, obligados ambos a dedicar recursos a asegurar su observancia²⁶⁴. Los remedios obligacionales tienen más probabilidad de ser eficaces y alcanzar los objetivos que se proponen si son auto-ejecutivos y requieren una supervisión mínima²⁶⁵.

117. En principio, las obligaciones estructurales requieren una menor supervisión y control de cumplimiento que las obligaciones de comportamiento. En todo caso, su administración no debe suponer una carga excesiva para las autoridades²⁶⁶.

118. Por esta razón se suelen imponer también otras obligaciones concretas específicamente destinadas a facilitar o garantizar el cumplimiento o la efectividad de otras obligaciones de comportamiento impuestas²⁶⁷, así por ejemplo la necesidad de informar a la autoridad de competencia sobre las medidas adoptadas o sobre las cuestiones que ésta hubiera requerido²⁶⁸. En algunos casos, las medidas adoptadas incluso han supuesto la creación de una entidad de supervisión específica encargada de asegurar el cumplimiento²⁶⁹,

²⁶⁰ Véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1311. Obviamente, no es lo mismo el control de cumplimiento que la evaluación de la efectividad del remedio, que es mucho más difícil y que no suele realizarse por las autoridades de competencia, OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 9 (véase *infra* n274).

²⁶¹ Subsiste siempre un interés de los operadores en incumplirlas, véase OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 18.

²⁶² Es una ilusión pensar que se cumplen voluntariamente (particularmente, en el caso de que se asuman en el marco de una terminación convencional), véase BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, p. 371 (“*There is often the illusion that, as soon as a commitment decision has been adopted, market failures will be corrected and effective competition restored. Unfortunately, this is not the case. If a commitment decision is not correctly implemented, monitored, and enforced precious time may have been lost and the competitive process may have suffered irreversible damage*”).

²⁶³ Como dijo el Tribunal Supremo norteamericano en su sentencia de 13 de enero de 2004 (ponente A. Scalia), *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 415 citando a P. AREEDA “*Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*” (1990) *Antitrust Law Journal* 58, p. 853: “*No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremedia[ble] by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency*”.

²⁶⁴ Véase BARNETT (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 40 (“*The effectiveness of a remedial solution depends in large part on how easily it can be administered or enforced. It is important to remember that a remedy's costs are paid by businesses and consumers, not just the government*”) y SHELANSKI / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68: 29-30.

²⁶⁵ Véanse MAIER-RIGAUD en *European Competition Law Annual* 2016, pp. 209-210; SHELANSKI / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 32 y PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, pp. 272-273 (lo que no ocurre con el control de la interoperabilidad, que introduce una forma de regulación sectorial).

²⁶⁶ CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 190 [aunque referido a la intervención judicial en el caso, véase sentencia del Tribunal Federal de Apelación del Segundo Circuito de 25 de agosto de 1990 (ponente J. O. Newman) *ASCAP v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*, 912 F.2d 563 (2d Cir. 1990)].

²⁶⁷ RITTER (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 597. Así, sobre los excesivos costes de cumplimiento que engendraron las obligaciones impuestas en los asuntos Tabacalera/McClane y 3M/SIGESA (referidos *supra* n201, 62 y 220), véase JIMÉNEZ / PRIETO en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, p. 144.

²⁶⁸ Véanse, por ejemplo, ¶264 de la Decisión de la Comisión de 16 de junio de 2008 (COMP/C2/38.698 CISAC) y FD2º.3 de la RCNMC de 25 de septiembre de 2014 (VATC/0216/10 *Vocento/Godó*, sin ponente) sobre el cumplimiento de la obligación de remisión información trimestral sobre los precios y descuentos practicados en los servicios objeto de supervisión por la autoridad.

²⁶⁹ Es el caso del Comité técnico encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Microsoft en Estados Unidos, véase HESSE (2009) *Antitrust Law Journal* 75, p. 861.

pero en la UE esa medida se ha considerado ilegal por la indeterminación en su configuración y por la imposición de costes desproporcionados a las empresas²⁷⁰.

119. Corresponde en sus respectivos ámbitos de competencia a la Comisión Europea²⁷¹, a la CNMC y a las autoridades autonómicas de competencia²⁷², el control de la ejecución y la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas (para valorar en qué medida las obligaciones impuestas han cumplido su cometido y cómo ha evolucionado el mercado a raíz de las mismas)²⁷³. No obstante, si se verificase incumplimiento de las obligaciones impuestas ello llevaría aparejada la imposición de una sanción²⁷⁴.

VI. La remoción de los efectos contrarios al interés público

120. La legislación de defensa de la competencia contempla como un remedio distinto de la orden de cesación de las conductas y de la imposición de otras obligaciones estructurales o de conducta al infractor la orden de remoción de los efectos contrarios al interés público²⁷⁵.

121. Dentro del propósito general de restaurar el orden concurrencial, la orden de remoción de los efectos contrarios al interés público persigue eliminar la perturbación en el mercado introducida por la conducta infractora, eliminando los efectos negativos que de la misma se hayan derivado. Se trata de un remedio de naturaleza y finalidad concurrencial, que busca remover los efectos negativos derivados de la conducta anticompetitiva que perduren en el mercado y que perjudiquen al orden concurrencial en general.

122. La restauración del orden concurrencial no supone la reparación o compensación de los daños que de la realización de conducta prohibida se hubieran derivado (que, en su caso, deberán exigirse a través de la eventual reclamación de daños y perjuicios), sino que busca eliminar los efectos negativos para el interés público de la conducta anticompetitiva que continuasen existiendo o produciéndose a pesar de la orden de cesación impuesta. Obviamente, lo anterior supone que la remoción sólo será posible si esos efectos se han producido, careciendo de sentido en caso contrario. Por tanto, la orden de remoción de efectos sería posible incluso cuando la infracción hubiera cesado, pero permanecieran los efectos negativos en el mercado²⁷⁶.

²⁷⁰ El “*monitoring trustee*” impuesto por la Comisión UE en el asunto Microsoft fue anulado por la STGUE de 17 de septiembre de 2007, T-210/04 (¶1263-1279, *supra* n120); véase R. GARCÍA-VALDECASAS “La revisión judicial de los remedios y compromisos en procedimientos sancionadores” en PETITBÓ / MARTÍNEZ *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, 2008, p. 310.

²⁷¹ Artículo 9 y 24.1.c) del Reglamento 1/2003.

²⁷² Artículos 41 y 62.4.c) de la LDC y 42 RDC, véase L. CASES / J. MENOR “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios” en PETITBÓ / MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, pp. 325-326.

²⁷³ Como dicen CASES / MENOR en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 337 (“a través del conocimiento de la eficacia de sus decisiones sobre los mercados sobre los que recaen, podrá igualmente llevar a cabo una mejor aplicación de sus prioridades de enforcement e, incluso, una reevaluación de los mecanismos de aplicación”). Así, por ejemplo, sobre la evolución del mercado del hormigón premezclado en Cantabria tras la RCNC de 22 de julio de 2009 (648/08 *Hormigones de Cantabria*, ponente I. Gutiérrez) véase FD2º *in fine* de la Resolución de Vigilancia de 18 de febrero de 2016 (VS/0648/68 *Hormigones Cantabros*, sin ponente).

²⁷⁴ Véanse, por ejemplo, las RTDC de 30 de octubre de 1997 (MC 21/97 *Tabacalera*, ponente J. Rubí) y de 4 de febrero de 1998 (MC 21/97 *Tabacalera*, ponente J. Rubí) que multaron a Tabacalera por no cumplir la obligación de suministro en condiciones no discriminatorias que se había impuesto a Tabacalera como medida cautelar (véase *supra* n200), el procedimiento principal se resolvió mediante RTDC de 24 de abril de 2002 (486/00 *McLane/Tabacalera*, ponente J. Pascual), aunque la ejecución de la misma fue anulada por STS de 24 de febrero de 2009 (ponente O. González) ECLI:ES:TS:2009:1029, precisamente al estimar que debería valorarse “*si es posible en fase de ejecución del acto administrativo modificar las obligaciones impuestas en el mismo respecto del suministro de tabaco por Altadis a McLane*” (FD3º). La pérdida de posición de dominio que motivaría el cese de la obligación de suministro se explica en RCNC de 20 de enero de 2012 (VS/486/00 *Tabacalera/McLane*, sin ponente).

²⁷⁵ Esta previsión estaba en la LDC1989 (arts. 9 y 46.2.c) y la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, BOE175 de 23 de julio de 1963 (art. 15.1.a).

²⁷⁶ Lo que justificaría un pronunciamiento de la autoridad, véase ya la citada STJUE de 4 de marzo de 1999, C-119/97P, *Ufex v. Comisión* (ECLI:EU:C:1999:116), ¶¶ 93-94 (“*the Commission is required to assess in each case how serious the alleged*

123. La remoción de los efectos negativos para el interés público se presenta como necesaria para el restablecimiento de la legalidad y la protección y garantía de un orden concurrencial libre. Comprenderá la retirada de aquellos objetos o elementos de toda clase bienes materiales o inmateriales a través de los cuales se ha verificado la conducta prohibida (productos, contratos, publicidad, registros) y cuya subsistencia agrave los efectos de la infracción en el mercado.

124. Como ya se ha apuntado anteriormente, en otras jurisdicciones, la remoción de efectos puede ser una medida correctiva utilizada por la autoridad de defensa de la competencia para impedir que el infractor conserve y se apropie de los beneficios ilícitos obtenidos de su conducta o para forzarle a compensar el daño ocasionado (*infra* §V.5.B.b.v). En tal caso, se produce una suerte de una devolución de los beneficios obtenidos por el infractor o incluso una compensación pública del daño²⁷⁷.

VII. Conclusiones

125. Cuando las autoridades de autoridades de defensa de la competencia deciden los procedimientos sancionadores incoados por la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas proscritas en el TFUE y en la LDC pueden imponer remedios distintos a la sanción con el propósito de restablecer la legalidad y la libre competencia en el mercado, y prevenir la comisión de infracciones futuras. Este trabajo ha analizado algunos de los problemas comunes que suscitan los diversos remedios que con las finalidades indicadas pueden adoptarse, empezando con las medidas cautelares que anticipan los remedios que puedan imponerse en la decisión final. Se ha prestado especial atención a las posibles configuraciones de los remedios obligacionales y, en particular, a los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad que la autoridad de defensa de la competencia ha de respetar en su diseño. No obstante, el hecho de que muchos de ellos sean el resultado de un procedimiento de terminación convencional en el cual las empresas aceptan voluntariamente las obligaciones que se comprometen a cumplir hace que se relajen los mencionados requisitos y que las autoridades de competencia hayan ido más allá del cometido que la legislación de defensa de la competencia les encomienda.

interferences with competition are and how persistent their consequences are. That obligation means in particular that it must take into account the duration and extent of the infringements complained of and their effect on the competition situation in the Community,” and “[i]f anti-competitive effects continue after the practices which caused them have ceased, the Commission thus remains competent under Articles 2, 3(g) and [82] of the Treaty to act with a view to eliminating or neutralising them.”)

²⁷⁷ Véase A. EZRACHI / M. IOANNIDOU “Public Compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation” (2012) *Journal of European Competition Law & Practice* 3, pp. 536-544 (que proponen un remedio público alternativo e independiente a los ya existentes para que el infractor pague a los perjudicados cuando se trate de intereses colectivos o individuales difusos).

DERECHO DE PATENTES *VERSUS* DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿UNA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD?

PATENT LAW *VERSUS* COMPETITION LAW IN THE EUROPEAN UNION: A COMPLEMENTARY RELATIONSHIP?

MIRIAM MARTÍNEZ PÉREZ

Profesora Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID: 0000-0003-4301-2813

Recibido: 19.12.2018 / Aceptado: 30.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4126>

Resumen: Las relaciones existentes entre el Derecho de patentes y el Derecho de defensa de la competencia en el Derecho de la Unión Europea se hallan en constante tensión. En muchas ocasiones, resulta realmente complicado determinar dónde termina el ámbito de actuación de uno para dejar paso a la aplicación del otro. Surge así la necesidad de analizar la difícil convivencia de estos dos sectores del ordenamiento jurídico, en aras a determinar si entre ellos existe una relación de complementariedad o si, por el contrario, se presentan como regulaciones antagónicas. Al estudio de estas cuestiones se dedicará el presente trabajo.

Palabras clave: Derecho de patentes, Derecho de defensa de la competencia, relación de complementariedad, conductas anticompetitivas, correctivos *ex ante* y *ex post*.

Abstract: Relationships between Patent law and Competition law in European Union law are in constant tension. In many cases, it is really difficult to determine where the scope of the action of one ends and where the application of the other begins. Thus, the need to analyse the difficult coexistence of these two sectors of the legal system arises in order to determine whether there is a complementary relationship between them or whether, on the contrary, they are antagonistic regulations. This paper will be dedicated to the study of these issues.

Keywords: Patent law, Competition law, complementary relationship, anticompetitive behaviour, *ex ante* and *ex post* corrective tools.

Sumario: I. Preliminar. II. La defensa de la libre competencia. III. El derecho de patente como derecho de exclusiva. 1. Los derechos de propiedad intelectual. Consideraciones previas. 2. Justificación de la existencia de los derechos de patente como derechos exclusivos: los efectos pro-competitivos. IV. La relación de complementariedad entre el Derecho de patentes y el Derecho de la competencia. 1. Convivencia: manifestaciones permitidas y limitaciones *ex ante* del Derecho de patentes. A) La limitación temporal del derecho de exclusiva. B) La obligación de explotar la invención patentada. C) El agotamiento del derecho. 2. Conflictos: intervención *ex post* del Derecho de la competencia. V. Abusos competenciales cometidos sobre la base de un derecho exclusivo de patente: el fenómeno de los *patent thickets* y los *patent trolls*. 1. Los usos ofensivos de los derechos de patente: los *patent thickets*. 2. Los usos defensivos de los derechos de patente: los *patent trolls*.

I. Preliminar

1. La relación entre el Derecho de patentes y el Derecho de defensa de la competencia siempre se ha presentado como un tema controvertido. La constante tensión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico complica la difícil tarea de delimitar el ámbito de actuación y los límites de cada una de estas dos ramas del Derecho.

2. Las patentes son instrumentos jurídicos pensados para incentivar la innovación tecnológica y, en su caso, resarcir los costes económicos ocasionados durante el proceso de innovación, mediante la concesión de un derecho exclusivo limitado en el tiempo. Así las cosas, en su condición de derechos exclusivos, las patentes se configuran como limitaciones a la libre competencia, cuyos efectos deberán ser analizados a la luz de la normativa del Derecho de la competencia¹. Pese a ello, hoy en día, es comúnmente aceptada la idea de que el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de patentes buscan la consecución de un mismo objetivo común, cuya finalidad es la de promover la competencia y la innovación. Concretamente, estas dos ramas del ordenamiento jurídico persiguen el bienestar de los consumidores y la asignación eficiente de los recursos en el mercado².

3. El Derecho de patentes no puede aplicarse, por lo tanto, como un mecanismo utilizado para amparar la realización de prácticas que menoscaben injustificadamente la competencia, esto es, limitaciones que vayan más allá de aquellas que son objetivamente indispensables para la protección del interés general del mercado y del fomento de la innovación y que les son propias a los derechos exclusivos. Es por ello que deviene necesario realizar un ejercicio de ponderación entre la libre competencia y el estímulo de la innovación. Precisamente, es en ese punto intermedio entre el Derecho de patentes y el Derecho de la competencia en el que debe encontrarse un equilibrio que permita salvaguardar los intereses perseguidos por ambas ramas del ordenamiento jurídico. Asimismo, será también en ese punto de encuentro, donde, con frecuencia, se desarrollan determinadas actuaciones encaminadas a quebrar

¹ C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 95, 1965, pp. 1-40 (7 y ss.), reproducido en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad: Homenaje da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández- Nóvoa Catedrático de Dereito Mercantil nos XXV anos de cátedra*, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 23-49 (43); J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 73 y ss.; J. COSTAS COMESAÑA, “Poder de mercado y prácticas anticompetitivas en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en España”, en J. A. GÓMEZ SEGADÉ / Á. GARCÍA VIDAL (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 281-294 (282); G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Edward Elgar, USA, 2010, pp. 209 y ss.

² Esta reflexión se introdujo originariamente en la jurisprudencia norteamericana en el asunto “Atari Game Corp. v. Nintendo of America, Inc.” [897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990)]. Posteriormente se trasladó a Europa, donde ha quedado recogida en diversos textos legales de Derecho de la Unión Europea, como las “Directrices relativas a la aplicación del Artículo 81 de Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología” (2004/C 101/02) [DOUE núm. C 101/02, de 27 de abril de 2004], en el punto II relativo a los Principios Generales establece que “*el hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual confiera derechos exclusivos de explotación no implica que los derechos de propiedad intelectual sean inmunes al Derecho de competencia. (...) Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas comunitarias de competencia. De hecho, ambos cuerpos legales persiguen el mismo objetivo básico de promoción del bienestar de los consumidores y asignación eficiente de los recursos. La innovación constituye un componente esencial y dinámico de una economía de mercado abierta y competitiva. Los derechos de propiedad intelectual fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Lo mismo hace la competencia al obligar a las empresas a innovar. Así pues, tanto los derechos de propiedad intelectual como la competencia son necesarios para fomentar la innovación y su explotación competitiva*”. Estas Directrices fueron derogadas posteriormente por las “Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología”, recogidas en el Reglamento (UE) núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología [DOUE núm. L 93/17, de 28 de marzo de 2014]. *Vid.* en el mismo sentido, G. GHIDINI, *Aspectos actuales de Derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia*, Comares, Granada, 2002, pp. 2 y 3. [Consúltese, asimismo, la tercera edición de la obra original en italiano G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale: innovazione, creatività, informazione, dinamiche conflittuali, esperienze di condivisione*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2015, pp. 416 y ss.].

dicho equilibrio. De este modo, pueden surgir ciertas manifestaciones, actuaciones o conductas abusivas contrarias al principio de libre competencia, realizadas al amparo de la titularidad de derechos exclusivos de patente.

4. En definitiva, la configuración legal de los sistemas de patentes ha de proporcionar incentivos suficientes para la innovación y, a su vez, el Derecho de la competencia deberá proporcionar una serie de mecanismos que impidan o limiten el establecimiento de barreras innecesarias e injustificadas a la entrada de competidores en el mercado, mediante la utilización o ejercicio abusivo de dichos derechos exclusivos de patente³.

II. La defensa de la libre competencia

5. El artículo 38 de la Constitución Española proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Dispone, literalmente, el citado precepto que “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general*”.

6. El Tribunal Constitucional, por su parte, se ha pronunciado acerca de este principio en multitud de ocasiones. Como ejemplo de ello destaca su ya clásica sentencia de 1 de julio de 1986, en la que el Tribunal Constitucional afirmaba que el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, en lo que a la libertad de empresa se refiere, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta por parte de los poderes públicos, conlleva la necesidad de establecer una serie de actuaciones específicamente encaminadas a la defensa de dichos objetivos constitucionales⁴.

7. Dentro de este marco de actuaciones concretas orientadas a la conservación del principio de libre competencia, deviene necesaria la puesta en práctica de medidas encaminadas a evitar la realización de todas aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado, como es la libre competencia empresarial. En este contexto, el Derecho de defensa de competencia aparece como un instrumento necesario para salvaguardar y garantizar el ejercicio de la libre competencia entre competidores, en la medida en que, de no ser especialmente protegido, podría verse seriamente amenazado por el funcionamiento propio del mercado y de las relaciones entre competidores⁵.

³ C. A. URIBE PIEDRAHITA / F. CARBAJO CASCÓN, “Regulación “ex ante” y control “ex post”: la difícil relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 33 (2012-2013), pp. 307-330 (308), sostienen, respecto de las relaciones entre el Derecho de propiedad industrial y el Derecho de la competencia, que “*la correcta solución de conflictos exige indagar en el alcance que conviene atribuir a cada cuerpo normativo en cada caso concreto, de acuerdo con los objetivos perseguidos por el legislador y la realidad de los mercados donde tiene lugar la controversia*”. Para un estudio de estas cuestiones, en muchos casos será necesario acudir a un análisis económico del Derecho, en la medida en que la interpretación de la problemática surgida en torno al ejercicio de los derechos de propiedad industrial y sus respectivas implicaciones en materia de Derecho de defensa de la competencia, no pueden desligarse de los efectos que ello produce desde una vertiente económica. En este sentido, *vid.* S. BECHTOLD, “Zur Rechtökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil*, pp. 484-489.

⁴ STC (Pleno) 88/1986, de 1 de julio [RTC 1986\88]. Más recientemente, STC (Pleno) 35/2016, de 3 de marzo [RTC 2016\35], FD 3º; STC (Pleno) 108/2014, de 26 junio [RTC 2014\108]; STC (Sala Primera) 71/2012, de 16 abril [RTC 2012\71]; STC (Pleno) 112/2006, de 5 de abril [RTC 2006\112]. *Vid.* en este mismo sentido, entre otras: STC (Pleno) 96/2002, de 25 de abril [RTC\2002\96] FJ 11º, párrafo 1º; STC (Pleno) 124/2003, de 19 de junio [RTC 2003\124] FJ 12º, párrafo 1º; STC (Pleno) 112/2006, de 5 de abril [RTC 2006\112] FJ 8º, párrafo 1º.

⁵ *Vid.* FJ 4º, párrafo 1º de la STC (Pleno) 88/1986, de 1 de julio [RTC 1986\88]. En el mismo sentido, A. B. CAMPUZANO / A. PALOMAR OLMEDA / C. CALDERÓN, *El Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 24 y ss.; J. M. BENEYTO PÉREZ (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 4 y ss.; M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 51 y ss.; J. I. FONT GALÁN / M. PINO ABAD (Coords.), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 491 y ss.; y, en general, L. ORTIZ BLANCO, *et al*, *Derecho de la Competencia europeo y español*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 33 y ss.

8. En efecto, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, la legislación en materia de defensa de la competencia comprende toda la normativa orientada a la defensa de la libertad de competencia en el mercado. Mediante ella, se busca la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones –y decisiones empresariales– que supongan un obstáculo para el desarrollo de la competencia en el mercado, siendo su objetivo principal la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones susceptibles de atentar contra la libre competencia⁶. Es por todo ello que se considera que el Derecho de defensa de la competencia está dirigido a salvaguardar un interés general, como lo es la ordenación o el buen funcionamiento del mercado⁷.

9. En este sentido, la previsión constitucional del artículo 38 de la Constitución Española, así como el desarrollo hecho de éste por el Tribunal Constitucional, constituyen el presupuesto básico que garantizan la existencia de una competencia efectiva entre las empresas que actúan en el mercado. Es por todo ello que, sobre la base de este precepto constitucional, se establece el principio de libre competencia como uno de los pilares básicos que ha de tutelar el ordenamiento jurídico⁸. Así, el fundamento jurídico de la libertad de competencia se halla en el reconocimiento por el legislador de la libertad de iniciativa económica y el derecho que asiste a toda persona de actuar al servicio de sus intereses particulares⁹.

10. A su vez, el Derecho de la competencia se divide en dos vertientes: de una parte, el Derecho de defensa de la competencia –o Derecho *antitrust*–; y de otra, el Derecho de la competencia desleal¹⁰. El primero es el Derecho regulador de las limitaciones de la competencia; esto es, la normativa *antitrust* posibilita el acceso al mercado de cualquier operador jurídico, protegiéndolo de posibles conductas restrictivas de la libre competencia que otros competidores puedan esgrimir en su contra, limitando injustificadamente su entrada en el mercado; a través de la corrección de conductas anticompetitivas desarrolladas para quebrar injustificadamente el principio de libre competencia. El segundo, el Derecho de la competencia desleal, es la disciplina jurídica que se ocupa de prohibir el desarrollo de la competencia a través de medios que se consideren reprobables¹¹.

⁶ STC (Pleno) 71/1982, de 30 de noviembre [RTC 1982\71]. *Vid.* en concreto, el FJ 15.

⁷ En estos términos se ha pronunciado el TC en su sentencia de 11 de noviembre de 1999 [STC (Sala Segunda) 208/1999, de 11 de noviembre [RTC 1999\208], FJ 3º, párrafo 3º]. En el mismo sentido, F. GARCÍA CACHAFEIRO, “Cap. I. Fundamentos de la libre competencia”, en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 38 y ss., cuando afirma que “(a)unque el Derecho de la competencia parte de la premisa de que las empresas pueden decidir por sí mismas sus respectivas políticas comerciales (...), en ocasiones, las empresas pueden verse tentadas a evitar la mutua competencia estableciendo sus propias reglas de juego o bien el operador más poderoso puede intentar expulsar del mercado a sus competidores más pequeños. En estas ocasiones, el Derecho de la competencia interviene para poner fin a las conductas que ponen en peligro el funcionamiento de los mercados”.

⁸ J. VICIANO PASTOR, *Libre Competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 111 y ss.; y también, R. ALONSO SOTO, “Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia”, en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 295-333, que afirma respecto de la derogada Ley de Defensa de la Competencia de 1989 que “constituye una norma básica del sistema”, en la p. 296.

⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 247.

¹⁰ *Vid.* para la diferenciación entre ambos sistemas normativos, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre...*, *cit.*, p. 277, cuando sostiene que existe una relación de complementariedad entre ambos sistemas normativos; así, en este sentido, “la competencia desleal llega donde la legislación antitrust no alcanza (a los pequeños comerciantes)”. *Vid.* asimismo, J. I. FONT GALÁN / L. Mª MIRANDA, *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 14 y ss.

¹¹ En el ordenamiento jurídico español, el régimen de la competencia desleal se regula en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal [BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991] –en adelante, LCD–, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios [BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009]. Esta Ley incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en las relaciones con los consumidores en el mercado interior [DOUE núm. L 149/22, de 11 de junio de 2005] y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa [DOUE núm. L 376/21, de 27 de diciembre de 2006]. Para un estudio detallado de la reforma de la LCD, *vid.* A. TATO PLAZA / P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO / C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010; y también, J. I. RUIZ PERIS (Dir.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la*

11. Por lo que se refiere al Derecho de defensa de la competencia, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el principio de libre competencia ya se recogía en el Tratado de la Comunidad Europea del año 1985 y, actualmente, se conserva en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que se ha desarrollado como fruto de las modificaciones introducidas en materia de Derecho de defensa de la competencia por el Tratado de Lisboa del año 2009¹². Sin embargo, como es bien sabido, el Derecho de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia se ha nutrido de otros sistemas legislativos fuera de las fronteras del continente europeo. La legislación de Derecho de la Unión Europea en materia de Derecho de la competencia y, por ende, el principio de libre competencia, posee una fuerte influencia del Derecho *antitrust* norteamericano. Concretamente, los preceptos contenidos en el TFUE albergan el influjo de la regulación contenida en la *Sherman Act*, promulgada el 2 de julio de 1890, cuyo objetivo principal está constituido por el establecimiento de un sistema competencial libre y sin trabas¹³.

12. Así, actualmente, la normativa básica de la Unión Europea en materia de Derecho *antitrust* se establece en los artículos 101 y siguientes del TFUE. Concretamente, el artículo 101 TFUE, relativo a las prácticas colusorias restrictivas de la competencia, y el artículo 102 TFUE, que regula el abuso de posición de dominio. La regulación contenida en dichos preceptos constituye el núcleo central y el eje fundamental de la normativa para la defensa de la libre competencia en el ámbito de la Unión Europea, que determina las condiciones necesarias para el libre acceso de los diferentes operadores comerciales al mercado de la Unión Europea. En definitiva, el objetivo principal de las normas del TFUE sobre la ordenación de la competencia en el mercado europeo, está constituido por la eliminación de posibles prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia, y por ende, contrarias a la normas sobre defensa de la competencia contenidas en el TFUE¹⁴.

13. Por su parte, en el ámbito del Derecho español, rige en nuestro ordenamiento jurídico español la Ley de defensa de la competencia, cuyo objetivo radica la represión de prácticas restrictivas de la competencia¹⁵.

14. Ahora bien, si se compara la regulación española y de la Unión Europea en materia de Derecho de defensa de la competencia, ambas presentan ciertos paralelismos en cuanto a su estructura. En este sentido, los dos cuerpos normativos establecen una serie de conductas prohibidas que se consideran contrarias al principio de libre competencia. Concretamente, se prohíben los acuerdos colusorios y el abuso de posición de dominio en el mercado¹⁶. Ninguno de los preceptos ofrece una definición ni de con-

publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Y sobre el régimen de la competencia desleal en España, *vid. asimismo*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 22 y ss.; y también, J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/59/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

¹² Actualmente, el TFUE recoge el principio de libre competencia en tres ocasiones: en el artículo 119 [antiguo artículo 4 TCE]; en el artículo 120 [antiguo artículo 98 TCE]; y finalmente, en el artículo 127 [antiguo artículo 105 TCE], todos ellos en sede de “*Política Económica y Monetaria*”. Asimismo, las menciones que el TFUE hace al principio de libre competencia van ligadas al principio de libre economía de mercado.

¹³ La *Sherman Act* acoge dos normas fundamentales. La Sección Primera [15 U.S.C. §1] regula las conductas anticompetitivas surgidas de acuerdos concertados entre varios empresarios que actúan de forma independiente en sus relaciones comerciales. La Sección Segunda [15 U.S.C. §2] contempla los supuestos de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por una sola empresa que se encuentra en una situación monopolística o, simplemente, lleve a cabo intentos de monopolizar el mercado [*vid. en este sentido*, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “Un hito en la historia del derecho de la competencia: centenario de la ‘*Sherman Act*’”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 13 (1989-1990), pp. 675-680]. *Cfr.* J. ALLISON / B. SUFRIN, *EU Competition Law*, 6ª ed., Oxford University Press, New York, 2016, pp. 94 y ss. Y respecto de los fundamentos de la *Sherman Act*, *vid.* T. E. SULLIVAN, *The Political economy of the Sherman Act. The first one hundred years*, Oxford University Press, New York, 1991.

¹⁴ P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law. Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 25 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre...*, *cit.*, p. 479.

¹⁵ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia [BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007] –en adelante, LDC–, desarrollada por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia [BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2009].

¹⁶ *Vid.* los artículos 101 TFUE y 1 LDC para los acuerdos colusorios, y los artículos 102 TFUE y 2 LDC, para el abuso de

ducta colusoria¹⁷, ni de abuso de posición dominante¹⁸. En ambos casos, se establece una cláusula general seguida de una lista de supuestos concretos prohibidos por la legislación de defensa de la competencia¹⁹.

15. De lo dicho hasta el momento, queda patente que la defensa del principio de libre competencia se lleva a cabo desde dos niveles de protección distintos, que conviven de manera simultánea —el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno español de defensa de la competencia—. La conver-

la posición de dominio. Respecto de la posición dominante, la única diferencia entre el precepto del TFUE y el de la Ley española viene dada por la inexistencia de un supuesto análogo al que se menciona en el apartado c) del artículo 2 LDC. El artículo 102 TFUE no contempla el supuesto de abuso de posición de dominio por la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. Asimismo, la LDC española establece un supuesto más de conducta prohibida: el regulado en el artículo 3 LCD que prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales y dispone que la competencia de las autoridades de defensa de la competencia para conocer “en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

¹⁷ El artículo 1 LDC y el artículo 101 TFUE prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tengan como finalidad restringir la competencia. Con base en esta previsión legal, la doctrina entiende que los acuerdos colusorios tienen como presupuesto el concurso de voluntades de varias empresas. GALÁN CORONA afirma que la prohibición recae sobre las conductas de cooperación interempresarial, sobre un concierto de voluntades. Una misma actuación con los mismos efectos en el comercio, pero llevada a cabo por una empresa individualmente, no incurre en la prohibición, sin perjuicio de que esa conducta quede reservada para un eventual abuso de posición de dominio. *Vid. en este sentido, E. GALÁN CORONA, “Cap. 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”, en J. M. BENEYTO PÉREZ (Dir.), Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 178 y 179; J. COSTAS COMESAÑA, “Cap. II. Prohibición de acuerdos colusorios”, en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 71 y ss.; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81 TCE)”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 28. El ordenamiento jurídico impone para este tipo de acuerdos una suerte de actos nulos de pleno derecho [vid. en este sentido, L. A. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e intervenciones públicas), Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 100 y 101].*

¹⁸ Respecto del abuso de posición dominante, conviene recordar que lo que se sanciona no es la existencia de una posición dominante en el mercado, sino el uso abusivo que se haga de ésta. Habrá que determinar, entonces, qué se entiende por posición dominante y por abuso de posición dominante. Para la definición de posición dominante, la jurisprudencia europea del TJUE ha definido el concepto de posición de dominio como “la posición dominante a la que se refiere el artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores” [apartado 65 de la STJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76 “United Brands Company, United Brands Continental BV c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1978, pp. 207 y ss.]; y la STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, “Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1979, pp. 461 y ss.], concretamente, los apartados 38 y 39]. El la doctrina, *vid. la definición aportada por A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Mercado único y libre..., cit., pp. 1056 y ss. Los citados autores sostienen que existirá una posición dominante “cuando, como consecuencia de la falta de competencia sustancial, una empresa puede unilateralmente modificar los precios u otras condiciones de mercado sin temor a la reacción contraria por parte de otras empresas o de los consumidores”. Cfr. asimismo, J. A. GÓMEZ SEGADE, “Panorámica del Derecho de la libre competencia en la CEE”, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor 5 (1978), pp. 67-121 (115 y ss.), en el que se analiza la jurisprudencia del TJCE en relación con el concepto de posición de dominio. Y también, AA. VV., Wettbewerbsrecht. EU: Kommentar zum europäischen Kartellrecht, Band 1 / Teil 2, C.H. Beck, München, 2012-2016, pp. 35 y ss.*

Por lo que respecta al ejercicio abusivo de dicha posición de dominio, el TJUE ha calificado el abuso como un concepto objetivo en la sentencia de 13 de febrero de 1979, sobre el asunto 85/76, “Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1979, pp. 461 y ss.]. Afirma el TJUE que “es un concepto objetivo relativo al comportamiento de una empresa en posición dominante que puede afectar a la estructura del mercado en la cual, como consecuencia de la misma presencia de la empresa en cuestión se debilita el grado de competencia y en el cual, mediante métodos diferentes de la competencia normal, tiene el efecto de impedir o dificultar el mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado o el incremento de esa competencia”. *Vid. en este sentido, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “Significación y delimitación del mercado relevante. Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979”, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor 6 (1979-80), pp. 261-272; y también, P. AKMAN, The Concept of Abuse..., cit., pp. 107 y ss.; F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Cap. III. Prohibición de abuso de posición dominante en el mercado”, en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), Derecho de la Libre..., cit., pp. 127 y ss.*

¹⁹ Se trata de una lista de naturaleza ejemplificativa y abierta, no de una enumeración de supuestos tasados. Tal y como afirma J. COSTAS COMESAÑA, “Cap. II. Prohibición de acuerdos colusorios”, en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, (Coords.), Derecho de la Libre..., cit., p. 71, “toda conducta concertada objetivamente apta en función de contexto jurídico y económico para generar efectos restrictivos, aunque no encaje en ninguno de los supuestos específicos de la lista, resultará directamente prohibida por la cláusula general prohibitiva”; señalando como ejemplo las conductas concertadas de *boicot*. En la misma obra se pronuncia HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en idénticos términos respecto del abuso de la posición de dominio [*ibidem*, p. 118].

gencia de estos dos sistemas legislativos provoca la necesidad de determinar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos²⁰. Así lo ha establecido el Reglamento (CE) núm. 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, cuyos artículos 3 y siguientes establecen la distribución de competencias entre las autoridades europeas de defensa de la competencia y las respectivas autoridades nacionales de los Estados miembros²¹.

16. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado, respecto de las relaciones entre las normas internas y las de Derecho de la Unión Europea en materia de Derecho *antitrust*, que la finalidad de ambas es la de garantizar el libre juego en el mercado de los agentes económicos que participan en él, a pesar de que una y otra tengan ámbitos de aplicación diferenciados. Así, los actos restrictivos de la competencia que, con independencia de su origen, han de corregirse mediante la aplicación de la normativa de la Unión Europea, son aquellos que se producen dentro del Mercado Común y, por lo tanto, aquellos que son susceptibles de afectar a las relaciones comerciales de los Estados miembros de la Unión Europea. En contraposición, la legislación interna quedará circunscrita a la corrección de las conductas contrarias a la libre competencia que afecten al mercado nacional, siempre que los efectos de dichas actuaciones anticompetitivas no sobrepasen este ámbito²².

17. La división espacial a la que alude el Tribunal Constitucional, puede verse diluida en algunos supuestos concretos. Tanto es así que empresas que actúen en el mercado de la Unión Europea, podrían verse sometidas a un doble control en materia de defensa de la competencia, pudiendo aplicar tanto el Derecho interno como las normas del Derecho de la Unión Europea. Se produciría este supuesto cuando las conductas restrictivas de la competencia sobrepasan una determinada dimensión supranacional, siendo también de aplicación directa las normas de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia²³. Es lo que el TJUE ha desarrollado como la “*doctrina de la doble barrera*”, en virtud de la cual no se excluye la aplicación de la legislación nacional de forma paralela a la regulación de la Unión Europea en aquellos casos en los que las conductas restrictivas de la competencia afecten a los intercambios dentro del territorio de la Unión Europea²⁴. De igual modo, el TJUE ha precisado que, en algunas ocasiones, el Derecho de defensa de la competencia puede incluso llegar a sobrepasar el ámbito perteneciente estrictamente de la Unión Europea²⁵. *A contrario sensu*, de la aplicación de la legislación nacional no podrán resultar prohibidas prácticas que, de afectar al comercio de la Unión Europea, no restrinjan la competencia atendiendo a la aplicación de los requisitos establecidos en la regulación del TFUE y demás normativa europea en materia de Derecho *antitrust*²⁶.

²⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre...*, cit., pp. 479 y ss. En el mismo sentido, vid. L. A. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *Derecho Europeo de la...*, cit., p. 41.

²¹ El Reglamento (CE) núm. 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 [DOUE núm. L 1/1, de 4 de enero de 2003].

²² STC (Sala Segunda) 208/1999, de 11 de noviembre [RTC 1999\208]. Concretamente, vid. el FJ 4º, párrafo 1º.

²³ F. GARCÍA CACHAFEIRO, “Cap. I. Fundamentos de la libre...”, cit., p. 54.

²⁴ STJCE de 13 de febrero de 1963, asunto 14/68, “Walt Wilhelm c. Bundesskartellamt” [Rec. 1969, pp. 1 y ss.].

²⁵ Así lo ha afirmado el TJUE en reiterada jurisprudencia en la que se reside la llamada “*doctrina del efecto*”. Conforme a esta doctrina, se podrán imponer multas, no sólo a las empresas radicadas en territorio de la Unión Europea, sino también a aquellas asentadas fuera del territorio de ésta, siempre que sus actuaciones sean contrarias al principio de libre competencia y produzcan sus efectos dentro del mercado de la Unión Europea [STJCE, de 14 de julio de 1972, asunto 54/69, “SA française des matières colorantes (Francolor) c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1972, pp. 851 y ss.] y la STJCE, de 27 de septiembre de 1988, asunto 89/85, “A. Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1988, pp. 5193 y ss.]. Vid. en este mismo sentido, L. A. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *Derecho Europeo de la...*, cit., p. 77].

²⁶ Téngase en cuenta que la Comisión Europea ostenta la competencia exclusiva en determinados aspectos relativos a la regulación de defensa de la competencia, como por ejemplo, en materia de concentraciones económicas. Ello impide la existencia de disparidades legislativas con las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros [R. ALONSO SOTO, “Cap. 2. Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia”, en J. M. BENEYTO PÉREZ (Dir.), *Tratado de Derecho de...*, cit., pp. 59-107; y también, J. COSTAS COMESAÑA, “Cap. II. Prohibición de acuerdos colusorios”, en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Derecho de la Libre...*, cit., p. 68].

III. El derecho de patente como derecho de exclusiva

1. Los derechos de propiedad intelectual. Consideraciones previas

18. En términos generales, los derechos de propiedad intelectual pueden definirse como aquellos derechos que tienen como objeto la protección de bienes inmateriales y que confieren a su titular una protección exclusiva sobre dichos bienes por un período de tiempo determinado, mediante la que se otorga la facultad de impedir la utilización de éstos por cualquier tercero sin el consentimiento previo de su titular²⁷. Asimismo, la concesión de derechos exclusivos puede conferir la facultad de explotación del bien inmaterial protegido en favor de su titular²⁸. Según ha considerado la doctrina especializada, los derechos de propiedad intelectual constituyen un *numerus clausus* o una lista cerrada. Es por ello que solamente serán considerados derechos de propiedad intelectual –y por ende, derechos exclusivos– los que expresamente se establezcan por disposición legal²⁹. La razón de esta necesidad de previsión legal expresa responde al hecho de que los derechos de propiedad intelectual, en su condición de derechos exclusivos, constituyen *in natura* limitaciones de la libre competencia³⁰.

19. Como se acaba de exponer, los derechos de propiedad intelectual tienen como objeto la protección de bienes inmateriales³¹. El concepto clásico de bienes inmateriales los define como “*creaciones de la*

²⁷ Es preciso advertir en este punto que, en muchas ocasiones, se alude a “*derechos de propiedad intelectual*” en términos generales, tal y como se reconoce en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, firmado en 1994 –en lo sucesivo, ADPIC–. En puridad, los derechos de propiedad intelectual se dividen en derechos de propiedad industrial y derechos de autor –estos últimos son los derechos de propiedad intelectual propiamente dichos– [J. A. GÓMEZ SEGADE, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., p. 31]. En lo que afecta al presente trabajo, se hará referencia *stricto sensu*, a los derechos de propiedad industrial, fundamentalmente, al derecho de patente, salvo en el presente apartado en el que se alude al concepto de derechos de propiedad intelectual en sentido amplio.

²⁸ Conviene matizar que se entiende que la patente también confiere a su titular, en su vertiente positiva, el derecho a utilizar y explotar la invención patentada en exclusiva, lo que se denomina como el *ius utendi*, aunque no se trata de un derecho recogido expresamente en la legislación en materia de patentes española [vid. M. J. BOTANA AGRA en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 161].

²⁹ Los derechos de propiedad intelectual conforman un conjunto de derechos concretos. Así lo establece el ADPIC, en los arts. 15 a 38. El Convenio de la Unión de París de 1883, –en lo sucesivo, CUP– establecía en su artículo 1.2 un elenco de los derechos que componen la categoría de derechos de propiedad industrial: “*la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal*”. Al respecto de la represión de la competencia desleal como un derecho de propiedad industrial, para el caso español, vid. J. A. GÓMEZ SEGADE, J. A., *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., pp. 85 y 86, cuando afirma que la competencia desleal “*únicamente constituye un residual bastión defensivo que, en determinadas circunstancias, de forma refleja, puede ofrecer algún tipo de protección a los derechos de Propiedad Industrial: no es un Derecho de Propiedad Industrial, aunque forma parte del concepto amplio de Propiedad industrial, que engloba la Propiedad Industrial y el Derecho de la competencia*”. G. GHIDINI, *Profilo evolutivo del diritto...*, cit., p. 8; M. BAYLOS MORALES en H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 122, cuando afirma que ciertas concepciones ideales quedan fuera de esta protección porque no pueden aspirar a constituirse en el objeto propio de un derecho exclusivo por la única razón de que no figuran en la lista legal, en la que no están incluidas por considerar socialmente inadecuado su acceso a la protección jurídica exclusiva.

³⁰ S. ANDERMAN / H. SCHMIDT, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights. The Regulation of Innovation*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2011, pp. 11 y ss.; J. M. OTERO LASTRES en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, cit., p. 49; y J. A. GÓMEZ SEGADE, “Panorámica del Derecho de la libre competencia en la CEE”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 5 (1978), pp. 67-121 (107).

³¹ La distinción entre bienes materiales e inmateriales tiene su origen en la separación que el Derecho romano hacía entre cosas corporales –*res corporales* o cosas tangibles– o incorpóreas –*res incorporales*, que se identificaban con los derechos– [vid. R. RUGGIERO / F. MAROL, *Istituzioni di Diritto Civile*, 9ª ed., Giuseppe Principato, Milano, 1961, pp. 536 y ss.; J. A. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed. (1ª reimpresión), Eunsa, Pamplona, 2006, p. 179.] Al hilo de esta misma distinción, GÓMEZ SEGADE apunta que, si bien es cierto que los romanos intuían que los derechos no siempre protegen entidades materiales –y de ahí la creación de esta categoría jurídica–, dentro de las *res incorporales*, sólo tenían cabida los derechos y no así los bienes inmateriales [vid. J. A. GÓMEZ SEGADE, *El Secreto Industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 71]. No obstante, la expresión de bienes inmateriales la acuñó, inicialmente, KOHLER en su obra *Deutsches Patentrecht*, J. Bensheimer, Mannheim, 1878, pp. 9 y ss., aunque posteriormente, emplearía este concepto en toda su extensa obra sobre propiedad intelectual e industrial. Así, el concepto de bienes inmateriales fue ampliamente desarrollado en su obra posterior J. KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, J. Bensheimer, Mannheim, 1900, pp. 55 y ss. Sostiene KOHLER en relación con el derecho inmaterial conferido al inventor que “*ist ein Immaterialgüterrecht d. h. ein Recht an*

mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y, por su importancia económica, son objeto de una tutela especial³². Sobre dichos bienes inmateriales recae un derecho de “propiedad”. Conviene tener presente que los derechos de propiedad intelectual son algo más que simples derechos de propiedad, pues los objetos sobre los que recaen presentan peculiaridades propias, en atención a su naturaleza y a los efectos que su concesión produce en el mercado³³. Asimismo, al igual que sucede en la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual tiene por objeto la protección de bienes de carácter estrictamente privado. Es por ello que, a dichos bienes inmateriales, también se les otorga la protección conferida por la Constitución Española en su artículo 33, relativo a la propiedad ordinaria³⁴.

20. En términos generales, la propiedad intelectual tutela derechos de propiedad individual, sobre los que también se admite como regla general la cotitularidad³⁵. En cualquier caso, la propiedad intelectual tutela derechos subjetivos a los que se les proporciona un régimen de protección a través de normas con efectos *erga omnes*, esto es, con efectos absolutos, sin perjuicio de las restricciones que expresamente se establezcan por Ley³⁶. Sobre esta base, el titular del derecho de propiedad intelectual goza del privilegio de la explotación exclusiva de los derechos de su titularidad³⁷.

2. Justificación de la existencia de los derechos de patente como derechos exclusivos: los efectos procompetitivos

21. Como se acaba de señalar, el derecho de patente constituye uno de los denominados derechos de propiedad intelectual o de propiedad industrial, en sentido estricto. Mediante la concesión de un derecho exclusivo de patente, el ordenamiento jurídico otorga a su titular un derecho de explotación exclusiva sobre la invención patentada³⁸.

einem nicht körperlichen Genussgute der Menschheit, und dieses Recht geht dahin, dass der Berechtigte allein die Befugniss hat, dieses Genussgut nach gewissen Richtungen hin zu benützen und zu verwerthen”, p. 55.

Posteriormente, la doctrina italiana clásica incorporaría este concepto de bienes inmateriales a las obras sobre derechos de propiedad industrial, extendiendo el uso del término de bienes inmateriales originario de KOHLER. Así, por ejemplo, *vid.* F. CARNELUTTI, “Sull’obbietto del diritto di privativa artistica e industriale”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1912, II, pp. 925 y ss.; M. CASANOVA, “Beni immateriali e teoria dell’azienda”, en M. CASANOVA, *Opuscoli di vario diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, pp. 175 y ss.; y G. VALERI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Carlo Cya, Firenze, 1950, pp. 5 y ss., entre otros.

³² J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El Secreto Industrial (Know-how)...*, *cit.*, pp. 70 y ss. Según GÓMEZ SEGADÉ, la definición dada de bien inmaterial deja entrever la necesidad de un medio o instrumento en el que dicho bien inmaterial pueda materializarse. A estos efectos, la doctrina distingue entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*. El primero hace referencia al bien inmaterial propiamente dicho –a la idea–, y el segundo, al soporte en el que se recoge la creación [*ibidem*, p. 74]. Ambas realidades, aunque independientes, están íntimamente ligadas. Como señala FERNÁNDEZ-NÓVOA, respecto de la marca, los bienes inmateriales necesitan materializarse en cosas tangibles para poder ser percibidos por los sentidos, lo que permite que ese bien pueda ser reproducido de forma ilimitada y simultánea [en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2º ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 27 y ss.]. La unión entre bien inmaterial y soporte es tal que en la mayoría de las ocasiones la inexistencia del soporte va a conllevar también la consiguiente inexistencia del *corpus mysticum*. La creación no puede ser considerada si no se exterioriza en un soporte físico, puesto que permanece en la intimidad del sujeto creador [en T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 327].

³³ OTERO LASTRES en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 50 y ss.

³⁴ *Cfr.* el artículo 33 Constitución Española, conjuntamente con J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, *cit.*, p. 74.

³⁵ Aunque resulta menos frecuente, cabe también la posibilidad de la propiedad de bienes inmateriales se establezca un régimen de copropiedad, cuando la propiedad de un bien corresponda a una pluralidad de sujetos, tal y como establece el artículo 392 Código Civil. Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 80 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes [BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015] –en lo sucesivo, LP de 2015–. [*vid.* a este respecto, T. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 65 y ss.].

³⁶ J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El Secreto Industrial (Know-how)...*, *cit.*, pp. 81 y ss.; T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia...*, *cit.*, pp. 269 y ss.; H. URLICHS, *Das Wesen des Immaterialgüterrechts im neueren Schrifttum*, Buchdruckerei Orththen, Köln, 1937, pp. 93; y J. KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts...*, *cit.*, p. 58.

³⁷ *Cfr.* los artículos 58 a 60 de la LP de 2015.

³⁸ Sostiene BOTANA AGRA que la protección de la invención a través de un derecho exclusivo de explotación genera por sí misma una especie de sistema de autodefensa, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, *cit.*, p. 97. En el mismo sentido, M. J. BOTANA AGRA, “La obligación de explotar la invención patentada”, en

22. La nota de la exclusividad se manifiesta en dos aspectos perfectamente diferenciados: el cuantitativo y el cualitativo³⁹. En primer lugar, la vertiente cuantitativa del derecho de exclusiva es aquella que presta atención a la exclusividad como la condición “*monopolizadora*” de la que goza el titular de la patente. El titular del derecho es el único legitimado para la explotación de la invención patentada, quedando excluida la intervención de cualquier tercero no autorizado para la utilización del derecho⁴⁰. En segundo lugar, la exclusividad también puede ser interpretada en sentido cualitativo. Ello implica que el derecho de exclusiva no puede ser ejercitado sin límites, es decir, se permitirá su ejercicio siempre y cuando se respeten los parámetros legalmente establecidos⁴¹.

23. Con base en las facultades concedidas al titular del derecho de patente, se considera que éste goza de una especie de “*monopolio legal*”⁴². El derecho de patente se configura como un derecho exclusivo y excluyente, mediante el cual se premia y se fortalece la posición de su titular en el mercado y se contribuye a la dinamización de la competencia⁴³. Pese a ello, la expresión “*monopolio legal*” puede resultar un tanto problemática, pues no puede tratarse como una expresión sinónima de “*monopolio económico*”. A este respecto, la jurisprudencia y la doctrina han puesto de manifiesto que los derechos de patente no tienen por qué generar necesariamente una situación de “*monopolio económico*”⁴⁴. La situación de “*monopolio económico*” surge cuando no existen bienes sustitutivos del producto comercializado por el monopolista y éste goza de un elevado poder de mercado⁴⁵. No obstante, en el caso de

C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Hacia un nuevo sistema de patentes*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 179-221 (179).

³⁹ O. SOSNITZA, “Derecho subjetivo y exclusividad. Contribución a la dogmática de las indicaciones de procedencia geográfica según el Derecho alemán”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 21 (2000), pp. 181-214 (188 y ss.).

⁴⁰ Este rasgo característico de la exclusividad del derecho de patente se pone de manifiesto, primero, en lo que tradicionalmente se ha denominado como *ius utendi* –derecho a explotar la patente–; y, segundo, en el *ius prohibendi* –derecho a prohibir la explotación de la patente por parte de cualquier tercero no autorizado, según OTERO LASTRES en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, cit., pp. 57 y ss. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ-NÓVOA ya hacía referencia a esta naturaleza dual de los derechos exclusivos en relación con el derecho de marcas. Así, diferenciaba entre la vertiente positiva y la vertiente negativa del derecho [en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de...*, cit., pp. 434 y ss.]. Tesis que fue posteriormente acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 283/1089, de 31 de marzo [RJ 1989/2287], concretamente, en el FD 1º, párrafo 4º.

⁴¹ O. SOSNITZA, “Derecho subjetivo y exclusividad...”, cit., pp. 188 y 189.

⁴² La propia LP española de 1986 empleaba la expresión “*monopolio legal*” en su artículo 58, cuando hacía referencia al régimen aplicable a las patentes de invención, expresión que desaparece en la redacción actual de la LP de 2015. En este mismo sentido, afirma GÓMEZ SEGADÉ que la existencia de un *ius prohibendi erga omnes* convierte a los derechos de propiedad industrial en “*auténticos monopolios legales, que el legislador permite, aunque sea de forma temporal y con determinadas limitaciones*” [en J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., p. 89].

⁴³ H. HOVENKAMP / M. A. LEMLEY / M. D. JANIS / C. R. LESLIE, *IP and Antitrust. An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 2ª ed., Aspen Publishers-Wolker Kluwer, Boston, 2014, p. 2; S. BECHTOLD, “Zur Rechtökonomischen Analyse im...”, cit., pp. 484 y ss.; y I. HARACOGLU, *Competition Law and Patents – A follow-on Innovation Perspective in the Biopharmaceutical Industry*, Edward Elgar, Massachusetts, 2008, p. 120. Y en nuestra doctrina, C. A. URIBE PIEDRAHITA / F. CARBAJO CASCÓN, “Regulación “*ex ante*” y control...”, cit., pp. 310 y ss.; F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado”, pp. 113-140 (113 y ss.), en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009; C. LENCE REIJA, “El permanente conflicto entre propiedad intelectual y libre competencia”, *Actas de Derech Industrial y Derecho de Autor* 26 (2005-2006), pp. 247-262 (247).

⁴⁴ Así lo ha declarado el TJUE en jurisprudencia reiterada, como por ejemplo, la STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, “Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1979, pp. 461 y ss.], apartado 39; y la STCE, de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, “AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1991, pp. I-3359 y ss.], apartado 69. Resulta prácticamente imposible encontrar una situación de monopolio económico o monopolio puro en el mercado. Una situación de monopolio puro es aquella en la que una única empresa ostenta el control absoluto sobre el mercado. Es el único productor de un determinado bien o servicio en el mercado y ningún otro operador produce bienes sustitutivos, que puedan ser intercambiables con la productos o servicios del monopolista [vid. en este sentido, P. A. SAMUELSON / W. D. NORDHAUS, *Economía*, 18ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2006, p. 126].

⁴⁵ En una situación de monopolio puro, desaparece la posibilidad de elección del consumidor a la hora de adquirir los productos en el mercado. Si desea adquirir ese producto, solamente podrá conseguirlo si lo adquiere del monopolista. Si, por el contrario, el consumidor no estuviese dispuesto a pagar el precio que el monopolista le impone, la única alternativa posible sería la de adquirir otro producto sustitutivo de características desiguales a las de aquel, que hará que las necesidades del consumidor no se vean satisfechas en el mismo grado. Pero para el caso de que exista la posibilidad de adquirir bienes sustitutivos del producto monopolizado, ya no estaremos ante un verdadero monopolio puro, pues la propia naturaleza de éste exige que la mercancía mo-

los derechos exclusivos de patente, frecuentemente, existirán bienes sustitutivos en el mercado a los comercializados por el titular de la patente⁴⁶. Es por ello, que, generalmente, la concesión de un derecho exclusivo de patente no determina la existencia de un “*monopolio económico*” en el mercado, sino, más bien, la de un “*monopolio legal*” que, en su caso –si el titular del derecho ostenta una posición de poder en el mercado–, podría dar lugar a la comisión de excesos o abusos competenciales sustentados en dicha posición privilegiada garantizada por el derecho exclusivo de patente⁴⁷.

24. Pese a ello, la concesión de derechos exclusivos de patente cumple un objetivo fundamental: constituyen una atribución absolutamente necesaria como medida de fomento de la innovación. *A contrario sensu*, el hecho de no conceder derechos exclusivos de patente, llevaría aparejada la falta de incentivos suficientes para desarrollar una actividad investigadora. La ausencia de derechos exclusivos conllevaría, prácticamente, la imposibilidad de recuperar los desembolsos económicos propios de la actividad investigadora. Consecuentemente, el desarrollo de la innovación, así como la búsqueda de nuevas alternativas comerciales, se verían totalmente desincentivadas⁴⁸.

25. A este respecto, hay que tener presente que el progreso de la innovación constituye un elemento imprescindible para la buena marcha del sistema de competencia en el mercado. Asimismo, se considera que la protección de las creaciones industriales constituye un mejor estímulo para el progreso tecnológico y la competencia⁴⁹. Aunque es cierto también, que la concesión de derechos de exclusiva acarrea una serie de costes de carácter público, puesto que eliminan la posibilidad de competencia, además de generar otro tipo de costes como los derivados de la estructura administrativa de concesión y de la vigilancia de las patentes, así como los costes producidos por la inversión en innovación superflua, entre otros⁵⁰.

nopolizada carezca en la práctica de sucedáneos más o menos directos. Téngase en cuenta que el monopolio implica la existencia de un único vendedor del producto [vid. F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Cap.III. Prohibición de abuso de...”, *cit.*, pp. 137 y ss.].

⁴⁶ Vid. en este sentido, J. PRADOS ARRARTE, *El monopolio y la competencia monopolística*, Guadiana, Madrid, 1972, pp. 16 y ss.; K. F. JORDA, “Derechos de propiedad intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999), pp. 181-195 (187 y ss). También la jurisprudencia norteamericana se ha venido pronunciando en este sentido. En el asunto “Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery and Chemical Corporation” 382 US 172, 1965 (142 U.S.P.Q. 192), ya se hace referencia a que el derecho de patente no constituye una posición de monopolio: “*la patente no es un monopolio por sí misma, sino que ese carácter depende del dominio o la fuerza que tenga en el mercado*”. Afirmaba, además, el Tribunal Supremo norteamericano que un monopolio legal simplemente implica la existencia de un derecho subjetivo cuyos límites vienen dados por la legislación *antitrust* [vid. al respecto, C. M. CORREA / S. D. BERGEL, *Patentes y Competencia*, Rubinzal, Santa Fe (Argentina), 1996, p. 23].

⁴⁷ Son frecuentes, por ejemplo, los abusos de posición dominante cometidos con base en la titularidad de derechos exclusivos de patente. En este sentido, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ en H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial...*, *cit.*, p. 321; y F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Cap.III. Prohibición de abuso de...”, *cit.*, pp. 137 y ss. Vid. asimismo, la sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 1988 sobre el asunto 53/87 “Consorcio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli y Maxicar c. Régie nationale des usines Renault” [Rec. 1988, pp. 6039 y ss.]. Como ejemplo paradigmático de abuso de posición dominante, vid. la sentencia del TJCE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C- 241/91 P y C-242/91 P, “Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 1995, pp. I-743 y ss.], en la que aludía a la “*doctrina de los recursos esenciales*”. Cfr. el comentario hecho a la sentencia, en F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Derecho de autor y abuso de posición dominante en la Unión Europea. Comentario al caso “Magill TV Guide” [Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas]”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 16 (1994-1995), pp. 335-344. Sobre la doctrina de los activos esenciales vid. las resoluciones del TJUE sobre los asuntos STJCE de 5 de octubre de 1988, asunto 238/87 “AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd” [Rec. 1988, pp. 6232 y ss.]; STJCE (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01 “IMS Health GmbH & Co.OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG” [Rec. 2004, pp. I-5069]; STPI, de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04 “Microsoft Corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas” [Rec. 2007, pp. II-3601 y ss.].

⁴⁸ La teoría de los incentivos también ha sido criticada por parte de la doctrina que considera que la innovación no se extinguiría de no existir la concesión de derechos de propiedad industrial. En este sentido, vid. S. SHAVELL / T. VAN YPERSELE, “Rewards versus Intellectual Property”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 44, 1991, pp. 525-547 (540); S. SCOTCHMER, “Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, Issue 1, Winter 1991, pp. 29-41; y M. BOLDRIN / D. K. LEVINE, *Against intellectual monopoly*, Cambridge University Press, USA, 2008, pp. 42 y ss. Sostiene este sector de la doctrina que la concesión de patentes no incentiva la innovación sino que la frena, en la medida en que la concesión de derechos exclusivos de patente propicia la discriminación en materia de precios, además de constituir una herramienta utilizada para la imposición de barreras de entrada a nuevos competidores en el mercado.

⁴⁹ J. A. GÓMEZ SEGADE, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, *cit.*, p. 74; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto...*, *cit.*, p. 5.

⁵⁰ Vid. OTERO LASTRES cuando afirma que “*cada objeto sobre el que recae uno de estos derechos de exclusiva (...) es un*

26. En sentido opuesto, y pese a lo anterior se considera que la concesión de derechos de exclusiva propicia la existencia de un equilibrio entre los intereses particulares del titular del derecho y los intereses económico-sociales y de los consumidores. El titular de dichos derechos gozará de estímulos para realizar nuevas inversiones en la búsqueda de alternativas comerciales novedosas, a pesar de que supongan importantes desembolsos económicos⁵¹. La concesión de derechos exclusivos de explotación sobre la invención patentada les permitirá tanto recuperar las inversiones realizadas como obtener mayores ganancias. En consecuencia, el interés general del mercado también saldrá beneficiado, en la medida en que el consumidor tendrá a su alcance un elenco de productos y servicios mucho más amplio entre los que elegir⁵².

27. En definitiva, la razón última que lleva a la concesión de los derechos de exclusiva es el incentivo a las empresas y particulares para que continúen con el desarrollo de actividades de investigación⁵³. En efecto, de no concederse dicha protección exclusiva, el resto de competidores podrían reproducir y comercializar libremente los resultados de la investigación de terceros, sin soportar por ello ningún tipo de coste derivado del aprovechamiento de la innovación ajena⁵⁴. De ser así, se originaría una situación insostenible, propiciando en desinterés por parte de los investigadores a la hora de invertir tiempo y esfuerzos en la búsqueda de nuevas alternativas comerciales, puesto que, de encontrarlas, no recibirían a cambio ningún tipo de beneficio, además de no poder hacer frente, ni siquiera amortizar, los propios costes económicos generados. En conclusión, cabe afirmar que la existencia de derechos de patente protegidos mediante exclusiva resulta necesaria en las relaciones de mercado, en la medida en que constituyen una garantía para la protección de los resultados obtenidos en el desarrollo de la actividad innovadora. Ello pone de manifiesto que, en estos casos, no tendría cabida el establecimiento de un régimen de competencia plena y directa, es decir, un sistema de competencia absolutamente libre y sin restricciones⁵⁵.

28. Partiendo, entonces, de la idea de que la atribución de derechos de exclusiva cumple una función pro-competitiva, habrá que determinar, entonces, el alcance exacto que el ordenamiento jurídico otorga a los derechos exclusivos de patente. Surge, así, un problema a la hora de determinar hasta donde llega la protección conferida a este tipo de derechos y, por ende, hasta qué punto están legitima-

bien que queda sustraído al principio de la libre empresa y, consiguientemente, al de la libre competencia”, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, cit., p. 53. En el mismo sentido, C. A. URIBE PIEDRAHITA / F. CARBAJO CASCÓN, “Regulación “ex ante” y control...”, cit., p. 315; y también, O. KOLSTAD, “Competitor Law and Intellectual Property Rights – Outline of an Economics – Bases approach”, en J. DREXL (Ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar, Massachusetts, 2008, pp. 3-27 (5 y 6).

⁵¹ M. A. LEMLEY, “A New Balance between IP and Antitrust”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. 13, 2007, pp. 237-256 (248); H. HOVENKAMP / M. A. LEMLEY / M. D. JANIS / C. R. LESLIE, *IP and Antitrust...*, cit., t. 1, p. 10; J. DREXL, “Is There a “More Economic Approach” to Intellectual Property and Competition Law”, en J. DREXL (Ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar, Massachusetts, 2008, pp. 27-53. Y para el estudio de la relación económica-jurídica de los derechos de propiedad industrial W. M. LANDERS / R. A. POSNER, *La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006; R. P. MERGES, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, Cambridge, 2011; y P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1996, entre otros.

⁵² A este respecto afirma BOTANA AGRA que existe una especie de “*pacto social*” entre el titular del derecho y la colectividad, que estaría representada por el poder público [en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, cit., pp. 97 y 98]. Cfr. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La formación del Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 2 (1975), pp. 61-82 (65).

⁵³ El Informe anual de la Organización Mundial del Comercio del año 1998, en la pp. 52 y ss. anunciaba que “*la protección legal de los derechos de propiedad intelectual es necesaria para que las empresas innovadoras recuperen los gastos de I+D y así puedan dedicarse a ella*”. [Disponible en: http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anre98_s.pdf. Consultado por última vez el 18.12.2017].

⁵⁴ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto...*, cit., p. 5; y, en general, C. BOHANNAN / H. HOVENKAMP, *Creation without Restraint. Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁵⁵ Los defensores del sistema de patentes concluyen, en este punto, que la “*inducción a realizar inversiones en investigaciones tecnológicas justifica cumplidamente la posición privilegiada del titular de la patente y la situación desventajosa de sus competidores*” [vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Hacia un nuevo sistema...*, cit., p. 19]. En el mismo sentido, vid. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “El fundamento del sistema de patentes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 7 (1981), pp. 13-30.

das ciertas actuaciones por parte de sus titulares. La determinación de esta cuestión resulta realmente relevante, a fin de poder definir qué comportamientos concretos, llevados a cabo por los titulares de patentes, pueden exceder de la función esencial del derecho de exclusiva y, en consecuencia, constituir restricciones injustificadas de competencia. En este sentido, la protección de los derechos de patente podría traer aparejada el riesgo de otorgar una tutela desmesurada a sus titulares, con la consiguiente afectación del Derecho de la competencia⁵⁶. La búsqueda de instrumentos que fomenten la innovación y el desarrollo podrían convertirse, por ejemplo, en una barrera demasiado protectora de los intereses de empresas dominantes en detrimento de los intereses generales del mercado. Esta situación perjudicaría a todos los operadores intervinientes en el tráfico comercial: tanto a otros competidores, que verían limitada su capacidad competitiva, como a los consumidores, que, por su parte, ante la falta de competidores verían reducida la variedad de productos entre los que escoger con el consiguiente reflejo en el sistema de precios. Así, estas tendencias “hiperproteccionistas” de los derechos de patente irían en contra del principio de libre competencia⁵⁷.

29. En resumen, cabe afirmar que existe una relación de interdependencia y de cierta complementariedad entre el Derecho de la competencia y el Derecho de patentes. En dicha relación de complementariedad, ambas ramas del ordenamiento jurídico actúan desde diferentes planos. De una parte, el Derecho de patentes actúa *ex ante* o *a priori*, mediante el establecimiento de normas que constituyen un incentivo a la innovación y que recompensan la actividad innovadora con la concesión de un derecho exclusivo y excluyente sobre los resultados obtenidos. Y, de otra parte, el Derecho de la competencia actúa *ex post* o *a posteriori*, como un mecanismo de intervención externa para corregir comportamientos abusivos o excesivos que puedan sustentarse sobre la posición de privilegio legal que garantiza la titularidad de derechos exclusivos de patente⁵⁸.

VI. La relación de complementariedad entre el Derecho de patentes y el Derecho de la competencia

1. Convivencia: manifestaciones permitidas y limitaciones *ex ante* del Derecho de patentes

30. La especial relación que se produce entre los derechos de patente y el principio de libre competencia evidencia la posibilidad de que surjan tensiones entre ambos. Pese a ello, a diferencia de lo que puede pensarse en un primer momento, las legislaciones en materia de derechos de patente y de defensa de la competencia no están en conflicto, sino que buscan un mismo objetivo común: el dinamismo del mercado⁵⁹. El Derecho de la competencia –en concreto, el principio de libre competencia–, junto con el Derecho de patentes –mediante la concesión de derechos de explotación exclusiva– pueden consi-

⁵⁶ La existencia del principio de libre competencia implica necesariamente que la concesión de derechos exclusivos de patente ha de ser absolutamente excepcional. La razón de esta excepcionalidad radica en el hecho de que mediante la concesión de derechos exclusivos de patente se atribuyen a sus titulares poderes restrictivos de la competencia que se hacen valer contra los demás competidores del mercado. De este modo, los bienes sobre los que recaen los derechos de patente quedan sustraídos del principio de libertad de empresa y, por consiguiente, de la libre competencia [en G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto...*, cit., p. 8].

⁵⁷ C. LENCE REIJA, “El permanente conflicto entre...”, cit., p. 255 y ss., cuando afirma que “*el espíritu de la libre competencia debe presidir la regulación de estos derechos, de forma que la protección no se extienda más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad perseguida por los mismos*”. Asimismo, REICHMAN hace referencia a estas tendencias hiperproteccionistas de los derechos de propiedad industrial como un riesgo de colapso en el sistema comercial. Es lo que el autor denomina como “*risks collapsing of its own protectionist weight*” [en J. H. REICHMAN, “Charting the Collapse of the Patent- Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 13, 1995, pp. 475-520 (520)].

⁵⁸ C. A. URIBE PIEDRAHITA / F. CARBAJO CASCÓN, “Regulación “*ex ante*” y control...”, cit., p. 310 y 312; M. A. LEMLEY, “Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property”, *University Chicago Law Review*, Vol. 71, 2004, pp. 129-149.

⁵⁹ BOWMAN sostiene que tanto el Derecho de la competencia como el Derecho de la propiedad industrial poseen una misma meta económica. No obstante, aclara que los problemas no se generan en relación con los propósitos perseguidos por ambas disciplinas, sino en los efectos que producen [en W. S. BOWMAN, *Patent and Antitrust Law*, University Chicago Press, Chicago, 1973, pp. 1 a 3]. En el mismo sentido, vid. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto...*, cit., pp. 2 y ss.; H. HOVENKAMP / M. A. LEMLEY / M. D. JANIS / C. R. LESLIE, *IP and Antitrust...*, cit., t. 1, p. 10; M. A. LEMLEY, “A New Balance between...”, cit., pp. 237 y ss.

derarse, en principio, sistemas complementarios⁶⁰. Ambos persiguen el fomento de la innovación y el desarrollo de las nuevas tecnologías y productos en beneficio del consumidor y del mercado, en general, aunque a través de diferentes vías⁶¹.

31. No obstante lo anterior, el ejercicio de los derechos exclusivos de patente, en ciertas ocasiones, puede desencadenar en la realización de comportamientos o prácticas que restrinjan injustificadamente el comercio o que generen efectos desfavorables en perjuicio de los demás competidores. Es por ello, que la normativa de Derecho *antitrust* busca establecer una serie de reglas de juego, para que los competidores del titular de la patente respeten las condiciones de desigualdad generadas por la concesión del derecho exclusivo; pero, al mismo tiempo, también para que este último permita a los demás operadores el libre acceso al mercado. En el establecimiento de dichas normas han de tenerse en cuenta dos extremos fundamentales: por un lado, la tutela directa del interés general del mercado y, por otro, la defensa también directa de los intereses individuales de los titulares de los derechos de exclusiva⁶².

32. Asimismo, la permanente tensión entre el Derecho de patentes y el Derecho de la competencia exige la correcta identificación del ámbito en el que se produce el conflicto entre ambos, en la medida en que habrá que concretar el alcance de la intervención de las normas de defensa de la competencia, sin desvirtuar ni anular los objetivos perseguidos por el Derecho de patentes⁶³. De este modo, esta difícil relación entre la legislación protectora de los derechos de patente y el principio de libre competencia, imprime la necesidad de coherencia y conexión entre ambos sistemas normativos. Se trata, en definitiva,

⁶⁰ En estos términos se ha pronunciado el Informe de Investigación de la Dirección General de la Competencia sobre el sector farmacéutico, aprobado el 8 de julio de 2009, cuando sostiene que “*el fomento de la innovación y el impulso del crecimiento económico son objetivos comunes a las normativas en materia de propiedad industrial y de competencia. La innovación es un componente esencial y dinámico de una economía de mercado abierta y competitiva. Los derechos de propiedad intelectual fomentan la competencia dinámica animando a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados, y lo mismo hace la competencia, al presionar a las empresas para que innoven. Así, tanto los derechos de propiedad intelectual como la competencia son necesarios para fomentar la innovación y garantizar su explotación competitiva. Aunque la existencia y el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual no son, en sí, incompatibles con el Derecho de la competencia, no por ello son inmunes al mismo. No obstante, ciertas prácticas sólo pueden constituir una infracción en circunstancias excepcionales*”. [Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_es.pdf. Consultado por última vez el 18.12.2017].

⁶¹ El Derecho de patentes y el Derecho de la competencia, aparentemente, son antagónicos, pero, en realidad, se complementan. En este sentido, *vid.* C. LENCE REIJA, “El permanente conflicto entre...”, *cit.*, p. 247, cuando afirma que el Derecho de la competencia persigue esencialmente un objetivo de libertad económica, a la libre iniciativa, pero esta libertad, en ocasiones, se encuentra coartada por la existencia de un derecho de propiedad industrial, que ejercen la función de barreras de entrada para los competidores en un determinado mercado. En lo referente a la relación de complementariedad entre el Derecho de la competencia y el Derecho de patentes *vid.* K. CZAPRACKA, *Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU Approaches*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009; G. A. MANNE, / J. D. WRIGHT (Eds.), *Competition Policy and Patent Law under Uncertainty*, Cambridge University Press, USA, 2011; D. TURNER, *Intellectual Property and EU Competition Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010; C. MARÉCHAL, *Concurrence et Propriété intellectuelle*, Litec, Paris, 2009. Y también, I. KOBER, “El papel de la Oficina Europea de Patentes ante las tensiones de la economía global: situación actual, desafíos y perspectivas”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 21 (2000), pp. 107-117 (108), cuando afirma que “*la promoción y la protección de la innovación son objetivos prioritarios de la política económica moderna*”.

⁶² G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto...*, *cit.*, p. 8.

⁶³ J. DREXL, J., “Is There a “More...””, *cit.*, pp. 27 y ss.; y C. A. URIBE PIEDRAHITA / F. CARBAJO CASCÓN, “Regulación “ex ante” y control...”, *cit.*, p. 316, afirman que el Derecho *antitrust* debe actuar “*como “estrella polar” del sistema de propiedad intelectual*”. GHIDINI pone de manifiesto que mediante la concesión de la patente, se incentiva la competencia basada en la innovación, con lo que el otorgamiento del derecho de exclusiva carecería de sentido en un mercado sometido a la existencia de un monopolio puro o perfecto [en G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto...*, *cit.*, p. 7]. En relación a esta cuestión, surge el problema a la hora de concretar hasta donde llega la protección dispensada por el ordenamiento jurídico a los derechos de patente. Asimismo, impera la necesidad de evitar que otras disciplinas tutelen cuestiones que quedan bajo el ámbito de actuación de los derechos de patente, y que funcionen como una vía para sortear la normativa en materia de patentes, dando lugar a actuaciones que puedan conllevar restricciones a la libre competencia, distintas de las que les son propias a las patentes. Al respecto, B. CONDE GALLEGU, “El agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y del derecho de la libre competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 23 (2002), pp. 43-72 (49), afirma —en relación con los contratos de licencia— que “*las normas de Derecho antitrust pueden tener como único objeto aquellas cláusulas no cubiertas por el derecho de exclusiva. Se trataría en este caso, pues, de impedir que la protección territorial estipulada en el contrato de licencia se extendiera más allá de la protección otorgada por el derecho de exclusiva*”.

de asegurar una correcta satisfacción de los múltiples intereses que confluyen en el mercado, atendiendo a las peculiaridades propias de cada una de estas dos disciplinas⁶⁴. Precisamente, en la búsqueda de ese equilibrio, la propia legislación de patentes se hace eco de esta tensión. Así, la LP española de 2015 regula ciertas limitaciones *a priori* en relación con los derechos de patente, que inciden de forma directa en el derecho al libre desarrollo comercial. Concretamente, se establecen ciertos límites, en aras a preservar el interés general del mercado, como contrapunto al ejercicio de los derechos de patentes: la limitación temporal del derecho de exclusiva y la caducidad del derecho; la obligación de explotar la invención patentada; y el agotamiento del derecho.

A) La limitación temporal del derecho de exclusiva

33. El primero de los límites establecidos por la legislación de patentes que incide en la libre competencia es el relativo al establecimiento de una limitación temporal del ejercicio del derecho. El derecho de patente se concede durante un período de tiempo concreto de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud⁶⁵. Transcurrido dicho período de tiempo, el derecho de exclusiva caduca.

34. El bien inmaterial protegido por el derecho de exclusiva pasa, así, a formar parte del dominio público, como medida de defensa del interés público general. Consecuentemente, la caducidad del derecho coadyuva a elevar el nivel tecnológico del territorio en el que el derecho ha desplegado sus efectos⁶⁶. Sin embargo, a pesar de que el derecho se extinga, permanece el derecho moral del antiguo titular sobre el bien inmaterial que fue objeto de protección⁶⁷.

B) La obligación de explotar la invención patentada

35. En segundo lugar, se establece otro límite como contrapartida al privilegio exclusivo otorgado al inventor con la concesión de la patente, consistente en la obligación de explotar el bien inmaterial del que es titular, como una medida necesaria para la satisfacción del interés público⁶⁸. La concesión de un derecho de patente, con los perjuicios que ello conlleva para el resto de competidores y que soporta la generalidad del mercado, solamente estará justificada en la medida en que el titular explote comercialmente su derecho.

36. *A contrario sensu*, de no llevarse a cabo dicha explotación, no se justifica la concesión del derecho exclusivo, ni tampoco la concesión de una posición privilegiada para competir en el mercado. Si el titular no explota su derecho, en cierto modo, podría estar poniendo de manifiesto que la concesión de la patente es innecesaria, y por lo tanto, cabría incluso pensar que podría estar renunciando de manera implícita a su derecho de exclusiva⁶⁹. La negativa injustificada a cumplir con esta obligación se traduce

⁶⁴ OMPI, “La competencia y las patentes” [Disponible en: <http://www.wipo.int/patent-law/es/developments/competition.html>]. Consultado por última vez el 18.12.2017].

⁶⁵ El artículo 58 de la LP de 2015 dispone, asimismo, que la patente empezará a producir efectos “desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida”. Tal y como pone de manifiesto GÓMEZ SEGADÉ, en términos generales, la duración de los períodos de protección de los derechos de propiedad industrial se conceden en proporción a que el efecto bloqueador que estos producen sobre la libre competencia sea más o menos grave [en J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., p. 112].

⁶⁶ BOTANA AGRA en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Hacia un nuevo sistema...* cit., pp. 190 y ss.

⁶⁷ El derecho moral del inventor, en el caso del Derecho de patentes, constituye un derecho personalísimo y, como tal, sobrevive después de transcurrida la vida legal de la patente, incluso, después de la muerte del inventor. Este derecho moral encuentra su fundamento en el artículo 10 de la Constitución Española, que consagra el “libre desarrollo de la personalidad”. Vid. en este sentido, GÓMEZ SEGADÉ en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *La modernización del Derecho español de patentes*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 132 y ss.

⁶⁸ El artículo 90 de la LP de 2015 dispone la obligación del titular de la patente de explotar la invención protegida, ya sea por sí mismo o por persona autorizada por él.

⁶⁹ Así lo ha puesto de manifiesto J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., p. 113, al sostener que si

en un incumplimiento de las obligaciones conferidas al titular, que podrá llevar aparejada la caducidad del derecho de exclusiva⁷⁰.

37. Asimismo, en determinados casos, el incumplimiento de la obligación de explotar podría ser la causa de la constitución forzosa de relaciones jurídicas, esto es, la concesión de licencias obligatorias⁷¹. Mediante la preceptiva intervención de los organismos público-administrativos que corresponda, se conminará al titular del derecho de patente a la concesión de licencias obligatorias en los supuestos que expresamente contemple la Ley. De este modo, se abre la posibilidad de que terceros puedan explotar el derecho protegido mediante exclusiva⁷².

C) El agotamiento del derecho

38. Y por último, otra de las limitaciones propias del Derecho de patentes que incide en el Derecho de la competencia es el denominado agotamiento del derecho. Se entiende por agotamiento del derecho “*la extinción del derecho de exclusiva en relación con el objeto material en que se plasma un bien inmaterial, provocada por la introducción en el comercio de dicho objeto con el consentimiento del titular del derecho de exclusiva*”⁷³. La introducción en el comercio del objeto producido a raíz de la explotación del bien inmaterial protegido por el derecho de exclusiva es lo que se denomina como “*primera comercialización*”⁷⁴. De este modo, el principio del agotamiento del derecho se halla íntimamente

el titular no explota está demostrando palmariamente que el derecho exclusivo concedido es innecesario y que, por lo tanto, implícitamente el titular está renunciando a su derecho de exclusiva. Respecto a la obligación de explotar la invención patentada, el TJCE en su sentencia de 18 de febrero de 1992, sobre el asunto C-30/90, “Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido” [Rec. 1992, pp. I-829 y ss.], apuntaba que la obligación de explotar no puede ceñirse al territorio de un Estado, sino que tiene que ponerse en relación con todo el territorio de la Unión Europea. En el apartado 28 afirma que “*si bien la sanción de la falta o de la insuficiencia de explotación de la patente puede considerarse como la contrapartida necesaria de la exclusividad territorial conferida por la patente, no existe, en cambio, ninguna razón relacionada con el objeto específico de la patente que justifique la discriminación efectuada por las disposiciones controvertidas entre la explotación de la patente en forma de producción en el territorio nacional y la explotación mediante importaciones procedentes del territorio de otros Estados miembros*”. Téngase en cuenta que después de la aprobación del ADPIC, esta obligación se extiende a todos los miembros de la OMC.

⁷⁰ El artículo 108, en su apartado 1º LP de 2015, establece las causas que pueden provocar la caducidad de la patente. Como una de dichas causas, se hace referencia al incumplimiento de la obligación de explotar prevista en el Título IX, Capítulo primero de la propia Ley [cfr: el artículo 90 LP de 2015].

⁷¹ La figura de la licencia obligatoria se introdujo, entre otras razones, para evitar la drástica sanción que supone la caducidad del derecho y que provoca la pérdida de la exclusiva por su titular. *Vid.* en este sentido, A. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, “Notas sobre las licencias obligatorias de patentes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999), pp. 55-64.

⁷² El artículo 86 LP de 1986 disponía que procedía a la concesión de licencias obligatorias sobre una determinada patente cuando quede acreditada la falta o insuficiencia de explotación de la invención patentada. Asimismo, establecía, otros tres supuestos en los que también procedía a dicha concesión: necesidad de la exportación; dependencia entre patentes, o entre patentes y derechos de obtención vegetal; y la existencia de motivos de interés público para la concesión. En la actualidad, la nueva LP de 2015 regula nuevos supuestos de concesión de licencias obligatorias; uno de ellos, precisamente, para poner remedio a prácticas anticompetitivas [cfr: los artículos 91 a 96 LP de 2015].

⁷³ Así lo ha puesto de manifiesto GÓMEZ SEGADÉ, en su obra *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., p. 116. La jurisprudencia de la Unión Europea recepcionó este principio del agotamiento del derecho [vid. STJCE, de 31 de octubre de 1974, asunto C-15/74 “Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.” [Rec. 1974, pp. 1147 y ss.]; STJCE, de 14 de julio de 1981, asunto C-187/80 “Merck & Co. Inc. c. Stephar BV y Petrus Stephanus Exler” [Rec. 1981, pp. 2063 y ss.]; y STJCE, de 9 de julio de 1985, asunto C-19/84, “Pharmon BV c. Hoechst AG” [Rec. 1985, pp. 2281 y ss.]; entre otras]. En consecuencia, se incorporó en la legislación española de patentes. Cfr: a este respecto el artículo 61, apartado 2º LP de 2015 – artículo 52, apartado 2º LP de 1986– consagra el principio del agotamiento al disponer que los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos relativos a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el Espacio Económico Europeo por el titular de la patente o con su consentimiento a menos que existan motivos legítimos que justifiquen que el titular de la patente se oponga a la comercialización ulterior del producto. *Vid.* también a este respecto, la STJCE, de 8 de junio de 1971, sobre el asunto 78/70 “Deutsche Grammophon GmbH c. Metro-SB-Grossmarke GmbH & Co” [Rec. 1971, pp. 487 y ss.]; y el comentario hecho a la sentencia en J. MASSAGUER FUENTES, *Mercado Común y Patente Nacional (agotamiento comunitario y protección territorial absoluta)*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 165 y ss.

⁷⁴ MASSAGUER FUENTES define “*primera comercialización*” como “*la enajenación que efectúa el titular, o un tercero con su consentimiento, a favor de un distribuidor o licenciatario únicamente legitimado para revender los productos protegidos en un determinado territorio*” [en J. MASSAGUER FUENTES, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, Librería Bosch,

ligado con el fundamento del derecho subjetivo que recae sobre el bien inmaterial, en la medida en que, de no haberse establecido dicho principio, el titular podría controlar la circulación de los productos o servicios introducidos en el mercado al amparo del derecho de propiedad industrial, convirtiendo así tales derechos en mecanismos para limitar la libre competencia⁷⁵. De este modo, el agotamiento del derecho, se erige como una garantía de la salvaguarda de los intereses del libre comercio⁷⁶. Carecería de sentido entender que se produce una violación del derecho exclusivo una vez que el bien o servicio haya sido puesto en el comercio con el previo consentimiento del titular⁷⁷. Con ello, se pretende limitar el excesivo margen de maniobra del que podrían llegar a gozar los titulares de los derechos de patente⁷⁸.

39. El principio del agotamiento y, por ende, el ejercicio de los derechos exclusivos que confiere la patente, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de territorialidad. En otras palabras, el alcance territorial del agotamiento variará, en función de si se refiere a un agotamiento cuyos efectos se circunscriben al Espacio Económico Europeo o a un agotamiento internacional⁷⁹. Así, la protección conferida al titular del derecho de exclusiva no se extiende de forma ilimitada en el espacio, sino que el *ius prohibendi* queda circunscrito por el principio de territorialidad, en virtud del cual la protección procurada por los derechos de propiedad industrial solamente abarcará, en principio, el territorio del Estado que lo haya concedido⁸⁰. Asimismo, la protección territorial que las partes puedan acordar, por ejemplo, en la concesión de un contrato de licencia, será válida única y exclusivamente en la medida en que ésta no sobrepase los límites establecidos por la normativa interna de Derecho de defensa de la competencia del Estado de que se trate, como garantía y salvaguarda del libre comercio. En contrapartida, dicha protección no podrá concederse con un alcance territorialmente ilimitado⁸¹.

Barcelona, 1989, pp. 211 y ss.]. Y también, J. MASSAGUER FUENTES, “De nuevo sobre el agotamiento comunitario del derecho de patente nacional (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, “Merck & Co. Inc. et alli c. Prime”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 17 (1996), pp. 313-328; Á. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del agotamiento del Derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE [Comentario a las SS del TJCE de 16 de julio de 1998 (Silhouette) y 1 de julio de 1999 (Sebago)]”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999), pp. 567-592; G. SCHRICKER, “Reflexiones sobre el agotamiento en el derecho sobre los bienes inmateriales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999), pp. 347-358.

⁷⁵ GÓMEZ SEGADÉ sostiene que, dada la peculiaridad de los bienes inmateriales protegidos por los derechos de propiedad industrial, el agotamiento sólo afecta a los bienes materiales sobre los que se manifiesta el bien inmaterial, y aunque significa una limitación intrínseca de los efectos de los derechos de propiedad industrial, ello no afecta a su existencia [en J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, cit., p. 115].

⁷⁶ B. CONDE GALLEGO, B., “El agotamiento de los...”, cit., pp. 43 y ss.

⁷⁷ La exigencia legal del “previo consentimiento del titular” implica que el agotamiento sólo se producirá cuando el producto o servicio, haya sido puesto en el mercado por el propio titular o por un tercero, al que el titular haya prestado su consentimiento previamente. Tanto es así que, no tendrá lugar dicho efecto cuando el producto se ponga a disposición comercial bajo el amparo de una licencia obligatoria. Así lo ha declarado la STJCE, de 9 de julio de 1985, asunto C-19/84, “Pharmon BV c. Hoechst AG” [Rec. 1985, pp. 2281 y ss.], concretamente en el apartado 20. En el mismo sentido, vid. BOTANA AGRA en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. J. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad...*, cit., p. 170].

⁷⁸ J. MASSAGUER FUENTES, *Los efectos de la...*, cit., pp. 197 y ss.

⁷⁹ Sobre los distintos alcances del principio de agotamiento en relación con los derechos exclusivos de marca, vid. Á. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del...”, cit., pp. 568 y ss., a propósito de la doctrina del TJUE sobre el rechazo del agotamiento internacional en la STJCE, de 16 de julio de 1998, asunto C-355/96, “Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH” [Rec. 1998, pp. I-4799 y ss.] y la STJCE, de 1 de julio de 1999, asunto C-173/98, “Sebago Inc. y Ancienne Maison Dubois & Fils SA contra G-B Unic SA” [Rec. 1999, pp. I-4103]. Y también, Á. GARCÍA VIDAL, “La imposibilidad de aplicar el principio del agotamiento internacional del derecho de marca [Anotación a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 3ª) de 12 de mayo de 2003]”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 24 (2003), pp. 639- 647.

⁸⁰ J. MASSAGUER FUENTES, *Los efectos de la...*, cit., p. 69. En el territorio de la Unión Europea, el agotamiento queda circunscrito al ámbito del espacio económico europeo por razones y por objetivos propios de la política de integración transnacional de mercados y, en particular, por las exigencias propias del principio de libre circulación de mercancías, servicios y capitales propio de los mercados de los Estados miembros, así como, por las exigencias propias de la implantación de condiciones de competencia homogéneas en estos mercados [en J. MASSAGUER FUENTES, “El contenido y alcance del derecho de patente”, en *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, número extraordinario-2006, pp. 173-187 (181 y ss.) [Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1632/documento/art12.pdf?id=2158>. Consultado por última vez el 18.12.2017].

⁸¹ B. CONDE GALLEGO, “El agotamiento de los...”, cit., p. 49.

2. Conflictos: intervención *ex post* del Derecho de la competencia

40. En relación con lo dicho hasta el momento y tal y como se afirmó con anterioridad, la concesión de derechos de patente supone, en sí misma, una limitación de la libre competencia. En consecuencia, la existencia de un derecho de patente y el ejercicio de dicho derecho frente a terceros, abre una vía de actuación del Derecho de la competencia para regular y garantizar el adecuado ejercicio del derecho de exclusiva⁸². Así, por ejemplo, el poder de mercado, o incluso la posición de dominio, que una patente podría llegar a conferir a su titular, podría suponer también un perjuicio para los demás competidores que actúan en el mercado⁸³. De este modo, el Derecho de la competencia podría tener que actuar como un correctivo *a posteriori*, esto es, una vez que, sobre la base de una patente concedida, se ha cometido un hecho anticompetitivo, derivado del ejercicio abusivo de dicho derecho⁸⁴.

41. No obstante, cabe advertir que solamente se limitará el ejercicio de los derechos de patente cuando exceda de la función esencial de la exclusividad, propiciando la existencia de conductas anticompetitivas. En este sentido, se considera que el ejercicio de un derecho de patente excede de los límites de la exclusiva, cuando las actuaciones comerciales desarrolladas por el titular vayan más allá de lo estrictamente necesario para lograr una remuneración satisfactoria que permita fomentar y mantener el estímulo de la actividad innovadora, para la creación de nuevos productos o procedimientos⁸⁵.

42. De este modo, conviene destacar, a modo genérico, como uno de los uno de los campos más proliferos en relación con la comisión de abusos competenciales sobre la base de derechos exclusivos de patente, el ámbito relativo a los contratos de licencia, que pueden caer bajo el ámbito de aplicación del artículo 101 o 102 del TFUE, aunque no es el único sector en el que se realizan conductas de carácter anticompetitivo. En concreto, se producen con relativa frecuencia dos tipos de situaciones conflictivas: la primera viene dada por la inclusión en los propios contratos de cláusulas restrictivas de la competencia; y la segunda, por la negativa injustificada a la concesión de dichos contratos. Aunque, cierto es que éstas no son las únicas conductas anticompetitivas desarrolladas en relación con la conclusión de contratos de licencia⁸⁶.

43. Por lo que se refiere al primero de los problemas, esto es, el relativo a la introducción en los contratos de licencia de cláusulas de contenido anticompetitivo, conviene tener presente la regulación contenida en el Reglamento (UE) núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, en lo sucesivo, RECAT⁸⁷. Se entiende en relación con este punto que, en términos

⁸² M. CUERDO MIR, “La economía de los derechos de propiedad intelectual y la defensa de la competencia: una aproximación empírica a algunos aspectos de su gestión en España”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 30 (2009-2010), págs. 183-209 (186).

⁸³ LEHMAN afirmaba que conceder derechos de exclusiva suponía admitir restricciones de la competencia para fomentar la competencia: “*industrial property rights may be viewed as competitive restrictions which can actively serve the advancement of competition in a modern industrial society*” [en LEHMAN, M., “The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property”, *International Review of Industrial Property and Competition Law*, 1985, pp. 525-540 (526)]. *Vid.* también, en este sentido, A. RONCERO SÁNCHEZ, *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 310 y ss.

⁸⁴ GÓMEZ SEGADÉ diferencia dos tipos de limitaciones de la competencia. Las “*medidas limitativas de la competencia*”, mediante las cuales se realiza un control *a priori* de la competencia, estableciendo una serie de prohibiciones y sus respectivas excepciones; y, las “*limitaciones de la competencia*” como mecanismo de represión de los abusos cometidos por las empresas en posición de dominio, estableciendo un control *a posteriori* [en J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Panorámica del Derecho de...”, *cit.*, p. 72; y también, en el mismo sentido, C. LENCE REIJA, “El permanente conflicto entre...”, *cit.*, p. 257].

⁸⁵ Afirma CONDE GALLEGGO que un comportamiento que exceda el ámbito del *ius prohibendi*, en la mayor parte de los casos, constituirá una restricción injustificada de la competencia [en B. CONDE GALLEGGO, “El agotamiento de los...”, *cit.*, p. 49].

⁸⁶ F. GARCÍA CACHAFEIRO, “Negativa unilateral a conceder licencias sobre derechos de propiedad intelectual en el Derecho antitrust norteamericano (Comentario a las resoluciones de la Federal Trade Commission y a las sentencias recaídas en el caso Intel)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999), pp. 547-566 (548 y ss.).

⁸⁷ Reglamento (UE) núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología [DOUE núm. L 93/17, de 28 de marzo de 2014].

generales, es posible declarar incompatibles con las normas de *antitrust* todas aquellas cláusulas de los contratos de licencia que tengan por objeto o efecto la restricción del comercio⁸⁸. Destacan, por ejemplo, aquellos supuestos en los que los conflictos de carácter anticompetitivo podrían producirse a raíz de la inclusión en contratos de licencia de cláusulas prohibitivas de la realización de exportaciones y, sobre todo, de importaciones paralelas⁸⁹. Concretamente, el problema se plantea cuando se establecen cláusulas de prohibición de importaciones paralelas y el agotamiento excede del territorio de la Unión Europea, esto es, tiene ámbito internacional⁹⁰. Para este supuesto concreto, se ha considerado, en términos generales, que la imposición de este tipo de cláusulas prohibitivas de importaciones paralelas podría ser constitutiva de un ilícito concurrencial cuando el agotamiento es internacional⁹¹. De ser así, el titular del derecho no podría hacer uso de su derecho exclusivo para oponerse a dichas importaciones⁹².

44. En otro orden de cosas, el segundo supuesto conflictivo se produce por infracción de las normas de *antitrust* como consecuencia de la negativa injustificada a conceder licencias. Cabe precisar que, en principio, la negativa a licenciar no supone necesariamente una violación del Derecho de defensa de la competencia. El titular de un derecho de patente no está obligado a compartir el ejercicio de su derecho con ningún otro tercero interesado. De modo que, libremente, puede decidir que llevará a término la explotación de la patente él mismo, sin necesidad de concluir para ello ningún contrato de licencia⁹³.

45. Esta misma regla rige, igualmente, para el caso en el que el titular de la patente goce de una posición dominante en el mercado, generada como consecuencia de la titularidad de dicho derecho exclusivo. La mera posesión de una posición de dominio adquirida a raíz de la titularidad de un derecho de exclusiva no presenta ningún atisbo de antijuridicidad⁹⁴. Sin embargo, la utilización de determinadas

⁸⁸ B. CONDE GALLEGO, “El agotamiento de los...”, *cit.*, p. 48.

⁸⁹ La OMPI define las importaciones paralelas como la importación de productos fuera de los canales de distribución negociados contractualmente por el fabricante [*vid.* OMPI, “El agotamiento de los derechos a escala internacional”. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/export/international_exhaustion.htm. Consultado por última vez el 18.12.2017]. Un sector especialmente problemático en relación con el comercio paralelo es el relativo a la industria farmacéutica. Para un análisis de los pormenores relacionados con esta cuestión en el comercio paralelo de medicamentos *vid.* Á. GARCÍA VIDAL, “El comercio paralelo de medicamentos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, Vol. 5, núm. 2, pp. 315-334.

⁹⁰ La jurisprudencia de la Unión Europea desarrolló el principio de agotamiento dentro del Espacio Económico Europeo, pero recordemos que el artículo 6 del ADPIC no se pronuncia acerca del agotamiento, por lo que la doctrina ha considerado que dicha norma deja a la elección de los Estados miembros el principio de agotamiento que estimen conveniente: nacional o internacional. El agotamiento nacional no permite al titular del derecho de patente controlar la explotación comercial de productos puestos en el mercado nacional por dicho titular o con su consentimiento. Sin embargo, podría oponerse a la importación de productos originales comercializados en el extranjero. En cambio, el agotamiento internacional implica que los derechos de propiedad industrial se agotan una vez que el producto ha sido puesto a disposición comercial por el titular o con su consentimiento en cualquier parte del mundo. *Vid.* en este sentido, Á. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del...”, *cit.*, pp. 567 y ss.

⁹¹ Por el contrario, si el agotamiento quedase circunscrito al Espacio Económico Europeo, dichas cláusulas no serían restrictivas de la competencia, puesto que el titular del derecho todavía estaría legitimado para oponerse a las importaciones de países extracomunitarios [J. A. GÓMEZ SEGAGE, *Tecnología y Derecho. Estudios...*, *cit.*, p. 115]. Para ver los requisitos a tener en cuenta a la hora de establecer el agotamiento internacional del derecho *vid.* B. CONDE GALLEGO, “El agotamiento de los...”, *cit.*, p. 67.

⁹² Á. GARCÍA VIDAL, A., “El alcance territorial del...”, *cit.*, p. 590. En relación con el agotamiento internacional respecto del derecho de marcas afirma que “*de este modo, se imposibilitaría que el titular de la marca prohibiese las importaciones paralelas, lo cual lleva, necesariamente, al agotamiento internacional*”.

⁹³ M. M. MAROÑO GARGALLO, “La negativa injustificada a la concesión de licencias de patentes farmacéuticas”, en Á. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Patentes farmacéuticas y Derecho de la competencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 101-129; y F. GARCÍA CACHAFEIRO, “Negativa unilateral a conceder...”, *cit.*, p. 563.

⁹⁴ Así lo ha puesto de manifiesto el TJUE en reiterada jurisprudencia [*vid.* al respecto apartado 65 de la STJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76 “United Brands Company, United Brands Continental BV c. Comisión de las Comunidades Europeas” [*Rec. 1978, pp. 207 y ss.*]; y la STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, “Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas” [*Rec. 1979, pp. 461 y ss.*], apartados 38 y 39, entre otras]. También la jurisprudencia norteamericana recoge esta idea. Así, en el asunto “SMC Corporation v. Xerox Corporation” (201 U.S.P.Q. 288), en el que recayó sentencia el 12 de marzo de 1981 el Tribunal de Apelación del 2º Circuito norteamericano declaró que si una patente se había adquirido de forma lícita, el ejercicio subsiguiente de ese derecho no podía provocar responsabilidad en el plano del Derecho *antitrust*. El Tribunal entendió que este derecho exclusivo permitía, precisamente, establecer un equilibrio adecuado entre los intereses objeto de protección de ambas ramas normativas [*vid.* el comentario hecho a la sentencia en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “La jurisprudencia norteamericana se esfuerza por armonizar el Derecho “Antitrust” con el Derecho de patentes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 8 (1982), pp. 443-445].

tácticas excluyentes por parte de un titular de patentes, con la intención de prevalerse de su poder o posición de dominio en el mercado, ha de ser objeto de supervisión por las normas de Derecho *antitrust*. En relación con esto, podrá atribuirse la condición de ilícito competencial a la negativa injustificada de concesión de licencias, cuando ésta se realice con la finalidad de mantener una situación de posición de dominio en el mercado y esté orientada a la exclusión de terceros competidores de dicho mercado. Este tipo de conductas ocasionan un perjuicio, no sólo a competidores concretos con los que el titular en posición dominante se haya negado a contratar, sino también al interés del mercado en su conjunto⁹⁵.

46. El TJUE cuenta con un cuerpo jurisprudencial bastante amplio en relación con la problemática relativa a la negativa injustificada a licenciar, en el que se establecen una serie de requisitos de carácter cumulativo, que han de concurrir para determinar cuándo una negativa a la concesión de licencias puede resultar abusiva⁹⁶. La apreciación por parte de los Tribunales del carácter abusivo de una negativa a licenciar podría desencadenar en la imposición de licencias obligatorias⁹⁷. Algún sector doctrinal se ha manifestado contrario a la concesión de licencias obligatorias. Así, se ha considerado que éstas reducen los incentivos a la innovación para los cuales se concedió el derecho de exclusiva del que traen causa⁹⁸. Respecto de este parecer, debe de tenerse en cuenta que, en determinados supuestos, el no otorgamiento de licencias obligatorias podría conllevar la exclusión de todos los competidores del mercado, con el consecuente perjuicio que esto produciría para los consumidores, que verían mermadas las posibilidades de adquisición de dicho bien o servicio⁹⁹.

47. Además de las cuestiones analizadas, la titularidad de derechos exclusivos de patente, puede ser utilizada de muy diversas formas para la realización de prácticas restrictivas de la competencia. Destacan los usos defensivos y los usos ofensivos de los derechos de patente, como prácticas constitutivas de abusos competenciales, que serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

V. Abusos competenciales cometidos sobre la base de un derecho exclusivo de patente: el fenómeno de los *patent thickets* y los *patent trolls*

48. El elevado grado de competencia existente a día de hoy en determinados sectores comerciales, propicia que las empresas desarrollen nuevas estrategias competitivas encaminadas a dilatar y prolongar

⁹⁵ F. GARCÍA CACHAFEIRO, “Negativa unilateral a conceder...”, *cit.*, p. 563, en relación con la sucesión de litigios por parte de la empresa norteamericana “Intel”, relativos a la violación de la normativa *antitrust* por haberse negado a la negativa de Intel a suministrar información sobre su tecnología a otros competidores [*vid.* Complaint no. 9288, Intel. Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1999/03/intelfin.cmp_0.htm. Consultado por última vez el 18.12.2017].

⁹⁶ *Vid.* por ejemplo, STJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01, “IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG” [*Rec.* 2004, pp. I-5039 y ss.]. *Vid.* el comentario a la sentencia, en B. CONDE GALLEGO, “La negativa unilateral de una empresa en posición de dominio a conceder una licencia para la utilización de un derecho de propiedad intelectual [Comentario a la Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01, “IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. Kg”]”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 24 (2003), pp. 465-484. *Vid.* también, respecto de esta misma cuestión F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Derecho de autor y...”, *cit.*, pp. 335 y ss. *Vid.* STJCE, de 5 de octubre de 1988 sobre el asunto 53/87 “Consorcio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli y Maxicar c. Régie nationale des usines Renault” [*Rec.* 1988, pp. 6039 y ss.]; STJCE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, “Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas” [*Rec.* 1995, pp. I-743 y ss.]; STJCE de 5 de octubre de 1988, asunto 238/87 “AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd” [*Rec.* 1988, pp. 6232 y ss.]; STPI, de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04 “Microsoft Corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas” [*Rec.* 2007, pp. II-3601 y ss.]. Para un análisis de la jurisprudencia citada *vid.* C. AHLBORN / D. S. EVANS / J. PADILLA, “The Logic & Limits of the “Excepcional Circumstances Test” in Magill and IMS Health”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, No. 4, pp. 1109-1156.

⁹⁷ *Cfr.* artículos 91 y ss. LP de 2015 que establecen el régimen de concesión de las licencias obligatorias.

⁹⁸ Así lo reconoce, por ejemplo, B. CONDE GALLEGO, “La negativa unilateral de...”, *cit.*, pp. 480 y ss.

⁹⁹ No cabe duda que las razones que llevan a la concesión de licencias obligatorias responden, en parte, al reconocimiento de un beneficio en favor de los consumidores. De hecho, la jurisprudencia de la Unión Europea viene exigiendo la existencia de una demanda potencial no satisfecha por parte de los consumidores ante un producto o servicio que goza de la protección conferida por los derechos de exclusiva. *Vid.* caso “Magill”, STJCE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, “Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas” [*Rec.* 1995, pp. I-743 y ss.].

el ciclo vital de los derechos exclusivos de patente de los que son titulares y que les otorgan una cierta posición de privilegio en el mercado. En este sentido, los *patent thickets* y los *patent trolls*, se presentan como dos de las prácticas anticompetitivas más novedosas y, además, unas de las que experimentan un mayor auge en la actualidad. Ambas persiguen un mismo objetivo: la imposición de barreras de entrada en el mercado a competidores, en aras de fortalecer su posición privilegiada, derivada de la titularidad de derechos exclusivos de patente. Así, aunque puede decirse que el primer fenómeno –los *patent thickets*– constituye la antesala del segundo –los *patent trolls*–, la doctrina ha estudiado ambas figuras por separado.

49. De las distintas clasificaciones que se han hecho de las diferentes estrategias anticompetitivas, sirve a este propósito la que distingue, de una parte, las conductas defensivas –“*defensive patenting*”– y, de otra, las conductas ofensivas –“*blocking patents*”–¹⁰⁰.

1. Los usos defensivos de los derechos de patente: los *patent thickets*

50. Las estrategias defensivas son aquellas actuaciones encaminadas a construir una densa maraña de patentes, mediante la creación de diferentes “*capas de defensa*”¹⁰¹. De este modo, cuanto mayor sea la densidad de la maraña, más complicado resultará para los competidores encontrar la forma de innovar sin que ello suponga la infracción de alguna de las patentes que conforman la maraña. Este es, precisamente, el caso de los *patent thickets*. La estrategia se basa en construir una maraña de patentes alrededor de una misma patente base. La creación de la maraña de patentes se desarrolla antes de la entrada de los competidores en el mercado. Con lo que, en otras palabras, se construyen barreras de entrada *a priori*, para obstaculizar la entrada de terceros competidores en el sector comercial concreto afectado por el *thicket*. Cada patente constituye un derecho o un impedimento más que los competidores deberán sortear para acceder al sector tecnológico protegido –o, más bien bloqueado– por el *thicket*¹⁰².

51. La definición más elemental de *patent thicket* es la que hace referencia a una multitud de patentes que protegen a un único producto o tecnología¹⁰³. Sin embargo, esta definición es del todo insuficiente en orden a determinar el eventual carácter anticompetitivo de la figura; pues el hecho de que un mismo producto o tecnología se encuentre protegido por un conjunto de patentes, puede responder simplemente al devenir normal del desarrollo de un proceso de innovación dentro de un mismo sector tecnológico, sin que ello deba ser tachado de conducta anticompetitiva¹⁰⁴.

52. Arrojan un poco más de luz a esta cuestión las diferentes definiciones de *patent thicket* ofrecidas por la doctrina. No obstante, la definición de *patent thicket* mayoritariamente aceptada es la que los define como un conjunto de derechos de patente superpuestos, que obliga a aquellos que busquen comercializar nuevas tecnologías a la obtención de múltiples acuerdos de licencia¹⁰⁵.

¹⁰⁰ M. P. PHILIPP, *Intellectual Property Related Generic Defense Strategies in the European Pharmaceutical Market*, Nomos, Munich, 2010, pp. 47 y ss.; H. ULLRICH, “Strategic patenting by the pharmaceutical industry: towards a concept of abusive practices of protection”, en J. DREXL / N. LEE (Eds.), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law. A Trilateral Perspective*, Edward Elgar, Massachusetts, 2013, pp. 241-272 (248); y USFTC, “To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy”, October 2003, Chap. 3, p. 33 [Disponible en: www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf. Consultado por última vez el 18.12.2017].

¹⁰¹ COMISIÓN EUROPEA, “Informe Final sobre el Sector Farmacéutico”, de 8 de julio de 2009, apartado 476, p. 184; y M. P. PHILIPP, *Intellectual Property Related Generic...*, cit., p. 52.

¹⁰² M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Los *patent thickets* y los *patent trolls*: análisis desde la perspectiva europea”, en Á. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Patentes farmacéuticas y Derecho de la competencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 67-100 (70 y ss.).

¹⁰³ I. AYRES / G. PARCHOMOVSKY, “Tradable Patent Rights”, *Stanford Law Review*, Vol. 60, 2007, pp. 863-894 (863).

¹⁰⁴ L. MARINO, “Les patent thickets: du bouillon de l’innovation à la poudre”, *Revue Lamy Droit de L’Inmatériel*, No. 101, Février 2014, pp. 69-72 (70) [Disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0B6ZbjsKP-QDTN3NIN3Z0Vkd6Wlk/edit>. Consultado por última vez el 18.12.2017]; R. JACOB, “Patents and Pharmaceuticals – A paper given on 29th November at the Presentation of the Directorate-General of Competition’s Preliminary Report of the Pharma-sector inquiry” [Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/jacob.pdf>. Consultado por última vez el 18.12.2017].

¹⁰⁵ En el año 2001, SHAPIRO definió los *patent thickets* textualmente como “a dense web of overlapping intellectual property

53. De este modo, la problemática surgida en torno a la acumulación de derechos exclusivos de patente dentro de un mismo sector tecnológico, puede provocar ciertas implicaciones de estas marañas de patentes que deban ser corregidas por la vía del Derecho de defensa de la competencia.

2. Los usos ofensivos de los derechos de patente: los *patent trolls*

54. A diferencia de las estrategias defensivas encaminadas a la creación de marañas de patentes, las estrategias ofensivas están basadas en la puesta en práctica activa de esa cartera de patentes creada *a priori*. En este caso, las estrategias anticompetitivas están orientadas a frenar la entrada de competidores en el mercado, mediante prácticas tales como: la negativa injustificada a la concesión de licencias, la amenaza con la interposición de litigios por infracción carentes de fundamento o la exigencia del pago de regalías abusivas, entre otras. Las patentes se utilizan para amedrentar a posibles competidores, evitando así la entrada de estos en los sectores tecnológicos afectados¹⁰⁶. Estas son, precisamente, las estrategias utilizadas por los conocidos como *patent trolls*¹⁰⁷.

55. El término *patent troll* no se ha definido legalmente, ni tampoco de forma clara por la jurisprudencia¹⁰⁸. La terminología por la que hoy en día se conoce a este fenómeno surge a principios del siglo XXI, en el año 2001, en los EE. UU. y es obra de PETER DETKIN. En aquel momento, DETKIN era consejero general de *Intel Corporation* y utilizó esta expresión para referirse a aquellas empresas que jamás habían trabajado con semiconductores y que, en ese momento, estaban llevando a juicio a su compañía por infracción de derechos de patente. DETKIN se refería a los *trolls* como aquellos titulares de patentes “*who tries to make a lot of money off a patent that they are not practicing and have no intention of practicing and in most cases never practiced*”¹⁰⁹.

56. La definición ofrecida por DETKIN ha generado multitud de discusiones entre la doctrina, en relación con su contenido, por considerarla una definición insatisfactoria, pues dicha definición no parece concretar cuáles son exactamente las actuaciones que un titular de una cartera de patentes tiene que llevar a cabo para ser considerado como un *patent troll*¹¹⁰.

57. De este modo, habrá que determinar el contenido exacto del término *patent troll*, para, posteriormente, determinar detalladamente cuáles pueden ser los problemas generados a raíz de la aparición de este tipo de fenómenos, a la luz de las normas de Derecho de defensa de la competencia.

rights that a company must hack its way through in order to actually commercialize new technology” [en C. SHAPIRO, “Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting”, *Innovation Policy & the Economy*, The MIT Press, Massachusetts, 2001, pp. 119-150 (120). Disponible en: <http://www.nber.org/chapters/c10778.pdf>. Consultado por última vez el 18.12.2017]. En la doctrina española *vid.* la definición de BOTANA AGRA en “Consortios de patentes y defensa de la competencia (Apunte introductorio)”, en J. A. GÓMEZ SEGADE / Á. GARCÍA VIDAL (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 427-439 (433).

¹⁰⁶ M. J. BOTANA AGRA, “Consortios de patentes y...”, *cit.*, pp. 427 y ss.

¹⁰⁷ M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Los *patent thickets* y...”, *cit.*, pp. 86 y ss.

¹⁰⁸ T. POHLMANN / M. OPITZ, “Typology of a Patent Troll”, *R&D Management*, Vol. 43, No. 2 (2013), pp. 103-120 (104) [Disponible en: <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/47262/>. Consultado por última vez el 18.12.2017].

¹⁰⁹ *Vid.* al respecto, B. SANDBURG, “You may not have a choice. Trolling for Dollars”, *The Recorder*, July 30, 2001 pp. 1-6. [Disponible en: <http://www.phonetel.com/pdfs/LWTrolls.pdf>. Consultado por última vez el 18.12.2017].

¹¹⁰ J. RANTANEN, “Slaying the Troll: Litigation as an Effective Strategy Against Patent Threats”, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 2006, pp. 159-210 (159); y J. F. McDONOUGH III, “The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy”, *Emory Law Journal*, Vol. 56, 2006, pp. 189-228 (200). Además, la definición excluye los casos en los que los titulares de patentes sin la condición de empresario pudieran actuar como un *patent troll* y que la doctrina también reconoce expresamente [*vid.* en este sentido, M. A. LEMLEY, “The Myth of the Sole Inventor”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, March 2012, pp. 709-760 (712)].

SOBRE LA (IN)COMPETENCIA DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS PARA REFORMAR LOS SISTEMAS PÚBLICOS DE PENSIONES NACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UE Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

ABOUT THE (IN)COMPETENCE OF THE EUROPEAN INSTITUTIONS TO REFORM THE PUBLIC SYSTEMS OF NATIONAL PENSIONS IN THE LIGHT OF THE EU LAW AND THE INTERNATIONAL TREATIES

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
*Universidad de Sevilla**
ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 06.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4127>

Resumen: En España, tras la crisis mundial económica y financiera de 2008, se han llevado a cabo importantes reformas legislativas a fin de controlar el déficit público y cumplir así no sólo con las disposiciones emanadas del Derecho de la Unión Europea sino también con los Tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Por su cuantía, las pensiones contributivas de jubilación constituyen la partida más importante de los Presupuestos Generales del Estado.

Existe una generalizada creencia de que las restrictivas reformas en materia de pensiones españolas que se vienen promulgando en los últimos años son inevitables al venir impuestas por disposiciones emanadas de la Unión Europea y/o por Tratados internacionales.

El objeto de este artículo es, por una parte, demostrar que la competencia para legislar en materia de Seguridad Social es, y sigue siendo, competencia exclusiva del Estado. Y, por otro lado, verificar cómo las reformas en materia de pensiones obedecen a iniciativas legislativas nacionales, en modo alguno impuestas por el Derecho de la UE o el Derecho internacional.

Palabras clave: Unión Europea, Seguridad Social, pensiones contributivas de jubilación.

Abstract: In Spain, after the worldwide economic and financial crisis of 2008, important legislative reforms have been carried out in order to control the public deficit and therefore will be able to comply not only with the provisions emanating from the European Union Law but also with the International Treaties ratified by our country.

Due to their amount, contributory old-age pensions are the most important item in the General State Budget.

There is a widespread belief that the restrictive reforms on Spanish pensions that have been enacted in recent years were inevitable because they were imposed by provisions emanating from the European Union and /or international treaties.

* Esta publicación se enmarca dentro de los trabajos de investigación desarrollados en el Proyecto I+D “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria” (DER 2017-83040-C4-3-R) financiado por el MINECO.

The purpose of this article is, on the one hand, to demonstrate that the competence to legislate on Social Security matters is, and continues to be, the exclusive competence of the State. And, on the other hand, to verify how the last reforms in the field of pensions obey to national legislative initiatives, in no way imposed by European Law or international Law.

Keywords: European Union, social security, contributory old-age benefits.

Sumario: I. Introducción. II. La Seguridad Social en el Derecho originario de la Unión Europea. III. Competencias de la Unión Europea en materia de Seguridad Social. 1. Coordinación de sistemas de Seguridad Social. 2. Método abierto de coordinación. IV. Derecho de la Unión Europea y control del déficit público. 1. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento. 2. Los Semestres Europeos. 3. Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea a España en materia de Seguridad Social. A) Primera fase. B) Segunda fase. V. El control del gasto público y el Derecho Internacional. 1. El Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” y el Tratado “Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad”. A) El principio de estabilidad presupuestaria y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española. VI. Recapitulación: la legislación de Seguridad Social, competencia nacional. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. El presupuesto de la Seguridad Social, y el de las pensiones contributivas en particular, constituyen el capítulo más importante de los Presupuestos Generales del Estado¹.

2. La crisis económica y financiera internacional de 2008 afectó gravemente a las finanzas públicas españolas, con un espectacular incremento de la tasa de paro a lo que se unió el problema de la deuda soberana en la zona euro, que incrementó el diferencial de rendimiento de los títulos públicos. El déficit público en el año 2009 fue del 11,1% del PIB.

3. Entre el amplio abanico de medidas adoptadas por España para reducir el gasto público interesa aquí destacar la reforma paramétrica de la legislación de pensiones de jubilación contributivas.

4. Existe una generalizada creencia –en no pocas ocasiones alentada por la clase política y expandida por los medios de comunicación– según la cual las reformas en materia de pensiones son consecuencia de imposiciones provenientes de las instituciones europeas, específicamente de las Recomendaciones anuales del Consejo de la Unión Europea a España. De esta manera, el ser un Estado miembro de la UE se utiliza a modo de “coartada” para legitimizar decisiones políticas que causarían de otro modo un rechazo social aun mayor, ya que los ciudadanos acaban por asumir lo que parece ser algo ineludible.

5. Paralelamente, y con la finalidad de corregir el déficit público excesivo que pone en riesgo la estabilidad de la moneda común (el euro), nuestro país ratificó en el último lustro dos importantes Tratados Internacionales de los que son parte los Estados de la UE: el Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” y el Tratado del “Mecanismo Europeo de Estabilidad”.

6. Para poder comprender la política de reformas restrictivas en el ámbito de las pensiones contributivas emprendida por España hay que tener presente que la misma es el resultado de la interacción de dos fuentes diferentes: el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional. Ambas, sin embargo, confluyen en un objetivo común: dotar a la zona euro de estabilidad financiera.

7. En este trabajo se abordará desde una perspectiva jurídica la cuestión de si las reformas en materia de pensiones contributivas acometidas por España desde 2011 son fruto de la aplicación del

¹ En 2017 se destinaron al pago de pensiones contributivas 122.777 millones de euros; a pensiones no contributivas 2.320 millones de euros; 6.986 millones a prestaciones por Incapacidad Temporal y 2.450 millones a prestaciones por maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural y subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Derecho de la Unión Europea en nuestro país, o impuestas por Tratados internacionales ratificados por España, o, por el contrario, han sido adoptadas por iniciativa del legislador nacional en el ejercicio de sus competencias soberanas.

8. En aras de una mayor claridad expositiva, este artículo se estructura en dos grandes bloques: por un lado el análisis del Derecho de la Unión Europea y las propuestas de reformas en materia de pensiones emanadas del Consejo de la Unión Europea. De otro lado, los compromisos internacionales asumidos por España para controlar el déficit público.

9. En ambos casos el fin es el mismo: ajustar el déficit público del Estado español a los límites impuestos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a los vigentes Tratados Internacionales, lo que exige una reducción del gasto público. Pero –y es lo que se pretende probar con este artículo– dejando plena libertad al Estado para lograr este fin, por lo que la reforma de la pensión contributiva de jubilación no tendría que haber sido, necesariamente, tan drástica y restrictiva como la resultante de la promulgación de la Ley 27/2011 sobre Actualización, Adecuación y Modernización del sistema de Seguridad Social; y de la Ley 23/2013 reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

II. La Seguridad Social en el Derecho originario de la Unión Europea

10. En diversos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en sus Protocolos hay referencias al término Seguridad Social, aunque en ninguno de ellos encontramos una definición legal de tal concepto².

11. Por su parte, el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³ lleva por rúbrica “Seguridad social y ayuda social”. El citado precepto dispone que:

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.
2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales.
3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

12. Pero qué duda cabe que el término Seguridad Social a los efectos de la Carta resulta absolutamente confuso pues no permite diferencia entre Seguridad Social, “servicios sociales” y “ventajas sociales”. Como tampoco resulta de utilidad para trazar la frontera entre prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones no contributivas de Asistencia Social⁴, cuestión clave en España dada la distribución de competencias que la Constitución realizar en los artículos 147.1. 17 y 148.1.20, respectivamente.

² A título ilustrativo, cfr. artículos 21.3, 48, 153.1.c), 153.4 y 156 TFUE.

³ Su carácter de Derecho originario es indiscutible puesto que el artículo 6.1 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea –DOUE 7.6.2016– afirma que “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

⁴ STC 239/2002: “una interpretación del artículo 41 de la Constitución en el marco del bloque de constitucionalidad, permite inferir la existencia de una asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social y otra “externa” de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas”. STC 76/1986: “en el momento actual –con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección– es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”.

13. En la práctica, el concepto de Seguridad Social ha devenido en un concepto de delimitación jurisprudencial por el máximo intérprete del Derecho de la UE: el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo que, a su vez, le dota de distinto alcance según se trate de aplicar el Reglamento 888/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social o la Directiva 2004/38.

III. Competencias de la Unión Europea en materia de Seguridad Social

14. Puesto que la UE no es un Estado ni tampoco una Organización Internacional al uso, su origen convencional “la somete al principio atributivo o de competencias de atribución. No hay ninguna facultad consustancial a su existencia, sino que toda su capacidad de actuar se deriva de lo recibido de sus Estados miembros por obra de los Tratados”⁵.

15. Es por ello necesario distinguir entre materias que son competencia exclusiva de los Estados miembros; materias atribuidas a la Unión Europea y un tercer grupo de competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros.

1. Coordinación de sistemas de Seguridad Social

16. La legislación en materia de Seguridad Social no se encuentra entre las competencias nacionales atribuidas a la UE. Es por ello que, actualmente, coexisten en la UE tantos sistemas de Seguridad Social como Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable. Cada sistema, fruto de un precipitado histórico, mantiene sus singularidades y diferencias respecto a las vías de financiación, ámbito de aplicación material y personal y procedimiento. Es decir, que no existe un sistema unificado y común de Seguridad Social en la UE.

17. Pero a fin de que esta multiplicidad de sistemas de Seguridad Social no constituyan un obstáculo insalvable para el ejercicio de unos de los pilares de la Unión Europea –la libre circulación de trabajadores– el TFUE regula en su artículo 48 la técnica de la coordinación entre sistemas de Seguridad Social (desarrollado por el vigente Reglamento 883/2004 y su Reglamento de Aplicación 987/2009) en los siguientes términos:

18. *El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:*

- a) *la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;*
- b) *el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.*

19. La coordinación se limita a establecer los criterios de conexión entre las diferentes legislaciones nacionales así como de distribución de las cargas entre los distintos regímenes nacionales, sin que los derechos en materia de Seguridad Social de los migrantes se vean afectados por su lugar de empleo o residencia.

⁵ J. M. MIRANDA BOTO, *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Thomson-Reuter, Pamplona, 2009, p.39.

20. No fue concebida como un objetivo en si mismo, sino que como afirma MIRANDA BOTO “nació como un simple complemento de la libre circulación”⁶ por lo que tiene un carácter meramente instrumental.

21. La coordinación se articula en torno a cinco pilares regulados en el Reglamento 883/2004: igualdad de trato (artículo 4); totalización de períodos (artículo 6); asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos (artículo 5); supresión de cláusulas de residencia (artículo 7); y unicidad de la legislación aplicable (artículo 11).

22. No existe, sin embargo, una definición del término “coordinación” ni en el Derecho originario de la Unión Europea ni en el Derecho derivado, de ahí que resulte obligada la remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que se extraen las siguientes conclusiones:

- La coordinación no restringe la competencia de los Estados miembros para regular sus sistemas de Seguridad Social, que siguen subsistiendo con todas sus peculiaridades y divergencias de procedimiento.
- La coordinación no altera las diferencias de los derechos de las personas que trabajan en dichos Estados.
- La coordinación no supone suprimir las diferencias de fondo entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros.
- La coordinación no implica la uniformización de los sistemas, ni mucho menos la unificación.

2. Método abierto de coordinación

23. Una de las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa fue la instauración del Método Abierto de Coordinación, que no debe ser confundido con la técnica de coordinación de sistemas de Seguridad Social descrita en el epígrafe precedente.

24. El Método Abierto de Coordinación tiene por objetivo “establecer directrices para la Unión combinadas con calendarios específicos para lograr los objetivos que se fijan a corto, medio y largo plazo; establecer, cuando proceda, indicadores y puntos de referencia cuantitativos y cualitativos cotejados con los mejores que existan y adaptados a las necesidades de los distintos Estados miembros y sectores como método de comparación de las prácticas idóneas; plasmar estas directrices europeas en medidas de política nacional; y organizar periódicamente controles y evaluaciones entre homólogos como procesos de aprendizaje mutuo”⁷.

25. El Método Abierto de Coordinación pretende “intercambiar experiencias y buenas prácticas, coordinar políticas sociales y desarrollar una cooperación interestatal más intensa. Las materias que abarca son pensiones, la asistencia sanitaria y la atención de larga duración, además de la inclusión social. El órgano de debate, el Comité de Protección Social. Los instrumentos, informes de estrategia nacionales”⁸.

26. El artículo 160 del TFUE regula el Comité de Protección Social. Es un órgano de carácter consultivo que tiene por finalidad fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión. El Comité tendrá por misión: supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Unión; facilitar el inter-

⁶ J.M. MIRANDA BOTO, *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Op. Cit., p. 264.

⁷ V. PÉREZ MENAYO, “El Método Abierto de Coordinación en la Unión Europea: su Aplicación a las Pensiones”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, p.52.

⁸ C. GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRADA, “Panorama de la Seguridad Social en las Comunidades Europeas (1997-2002)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, p.15

cambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión, y elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa.

27. A través del Método Abierto de Coordinación la UE respalda las reformas de los Estados miembros “mediante la definición de objetivos comunes y un proceso de aprendizaje mutuo. Concretamente, ofrece a los a los Estados miembros: objetivos comunes; indicadores comunes para medir los progresos: un marco de presentación de informes; e indicadores de referencia para comparar los resultados e identificar las mejores prácticas”⁹.

28. En el ámbito concreto de las pensiones, el Método Abierto de Coordinación se limita a “fijar un marco común para que los Estados miembros compartan ideas, enfoques, conocimientos y experiencias en materia de pensiones centrados en los siguientes objetivos comunes: ingresos de jubilación adecuados para todos, teniendo en cuenta la solidaridad y la equidad entre generaciones; sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones públicos y privados, en particular, fomentando la prolongación de la vida laboral y el envejecimiento activo; y sistemas de pensiones transparentes y debidamente adaptados a las necesidades individuales y sociales”¹⁰.

29. Pero, al objeto de este estudio, resulta absolutamente necesario destacar que este Método Abierto de Coordinación no afecta en absoluto a la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de legislación nacional de Seguridad Social.

30. Son los Estados, y solo los Estados, “los principales responsables del diseño de sus sistemas de pensiones de acuerdo con sus realidades y contextos nacionales”¹¹.

IV. Derecho de la Unión Europea y control de déficit público

31. A pesar de lo expuesto en las páginas precedentes, tras la puesta en marcha de los Semestres Europeos en 2011 hay que replantearse si la legislación en materia de Seguridad Social, y de las pensiones en particular, sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros.

32. Y es que desde 2011, a través de las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea, a cada país se le dirigen recomendaciones específicas que “no sólo reflejan el programa económico y social de la Comisión Europea, sino que incorporan reformas en materia de pensiones”¹².

33. El origen de esta situación radica en que conforme al TFUE es preciso distinguir entre la política monetaria (competencia de la EU de conformidad con su artículo 3.4¹³) y la política económica¹⁴ (basada en la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros ex artículo 119¹⁵).

⁹ COMISIÓN EUROPEA, *La Aportación de la Unión Europea al Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre las Generaciones*, Bruselas, 2012, p. 14.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *La Aportación de la Unión Europea al Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre las Generaciones*, Op. Cit., p. 14.

¹¹ I. CAMÓS VICTORIA, C. GARCÍA DE CORTÁZAR, Y B. SUÁREZ CORUJO, *La Reforma de los Sistemas de Pensiones en Europa*, Laborum. 2017, p. 26.

¹² I. CAMÓS VICTORIA, C. GARCÍA DE CORTÁZAR, Y B. SUÁREZ CORUJO, *La Reforma de los Sistemas de Pensiones en Europa*, Op. Cit., p. 26.

¹³ “La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro”.

¹⁴ A. AGUILAR CALAHORRO, “La Decisión Pringle en el Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 101, 2014, p.350.

¹⁵ “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.

34. Con el Tratado de Maastricht se sentaron las bases para una Unión Monetaria que se materializó con la instauración de una moneda común (el euro), cuya estabilidad requiere un férreo control por parte de los Estados de la eurozona del déficit público.

35. El TFUE –artículo 104 del TCE, actual 126 del TFUE– impone a los Estados evitar déficit públicos excesivos. En concreto es su Protocolo nº 12, “Sobre el Procedimiento Aplicable en Caso de Déficit Excesivo”¹⁶, el que especifica los valores que se mencionan en el artículo 126.2 TFUE¹⁷:

- 3% en lo referente a la proporción entre el déficit público o real y el PIB a precios de mercado
- 60% en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el PIB a precios de mercado.

36. Como ha reconocido la propia Comisión Europea en su Libro Blanco (2012), las reformas de jubilación en los Estados miembros se consideran un factor determinante para el buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria¹⁸.

37. Para comprender el cómo y por qué la adopción de la moneda única ha influenciado en las reformas paramétricas de las pensiones contributivas promulgadas en España tras la última crisis económica y financiera mundial es preciso hacer referencia –aunque sea esquemáticamente– a conceptos e instrumentos jurídicos ajenos al Derecho de la Seguridad Social.

38. Pero sin estas nociones previas no es posible afrontar la cuestión de si el Consejo de la Unión Europea se ha extralimitado al hacer recomendaciones específicas a España entre los años 2011-2013 en materia de reforma de pensiones que han sido acatadas por España como de obligado cumplimiento.

1. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento

39. A fin de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados miembros en materia de déficit se aprobó en 1997 el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) –que ha sido a su vez objeto de diversas reformas¹⁹–.

40. El PEC ha sido definido como “un conjunto de normas para garantizar que los países de la Unión Europea mantengan unas finanzas públicas saneadas y coordinar sus políticas presupuestarias”.

¹⁶ DOUE C 306/1, de 17.12.2007.

¹⁷ “La Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros con el fin de detectar errores manifiestos. En particular, examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes:

- a) si la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto sobrepasa un valor de referencia, a menos:
 - que la proporción haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia,
 - que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia;
- b) si la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto rebasa un valor de referencia, a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia.

Los valores de referencia se especifican en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo a los Tratados”.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco “Agendas para unas Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles”, Bruselas, 2012, p.3.

¹⁹ El 13 de diciembre de 2011 entró en vigor el primer conjunto de medidas de gobernanza económica (six-pack), que reforma y modifica las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. El PEC modificado establece los principales instrumentos para la supervisión de las políticas presupuestarias de los Estados miembros (vertiente preventiva) y para la corrección del déficit excesivo (vertiente correctora).

41. Sobre el PEC en el “Libro Verde”²⁰ se afirma que “ofrece el marco para hacer un seguimiento de la sostenibilidad de las finanzas públicas, incluidos los sistemas de pensiones”.

42. El PEC prevé la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias a los Estados cuando los mismos no adopten las medidas de ajuste pertinentes, o cuando los Estados manipulen datos relativos al déficit o a la deuda. Por lo que respecta a España se le ha llegado a abrir expediente sancionador por déficit excesivo.

43. El PEC tiene una vertiente preventiva con fundamento en el artículo 121 TFUE (supervisión de las políticas presupuestarias de los Estados para garantizar la solidez de las finanzas públicas); y una vertiente correctora basada en el artículo 126 TFUE (corrección del déficit excesivo).

2. Los Semestres Europeos

44. El Semestre Europeo se creó en 2010 por el Consejo Europeo. El primero tuvo lugar en 2011.

45. El Semestre Europeo combina “la coordinación de la política presupuestaria, regida por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, con la coordinación de las políticas económicas, estructurales y de empleo, regidas por la estrategia de crecimiento Europa 2020”²¹.

46. El Semestre Europeo incluye tres áreas de coordinación de políticas económicas: “reformas estructurales, dedicadas a promover el crecimiento y el empleo de conformidad con la Estrategia Europa 2020; políticas presupuestarias, para garantizar la sostenibilidad de la hacienda pública de conformidad con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento; y prevención de desequilibrios macroeconómicos excesivos”.

47. Se pretende, en definitiva, llevar a cabo un seguimiento y análisis de los desequilibrios macroeconómicos, emitiéndose recomendaciones a los Estados en caso necesario para que los corrijan.

48. En el marco de los Semestres Europeos se evalúan los Programas Nacionales de Reformas que presentan los Estados miembros y que tienen por objetivo definir su plan de reformas estructurales para promover el crecimiento y el empleo en aras de la consecución de la Estrategia Europa 2020.

49. Igualmente, son objeto de evaluación en los Semestres Europeos los Programas Nacionales de Estabilidad, que se enmarcan en la vertiente preventiva del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. En ellos se plasman las estrategias presupuestarias a medio plazo nacionales²².

50. Los Programas de Estabilidad tienen la consideración de plan fiscal nacional a medio plazo al que hace referencia el artículo 4 del Reglamento (UE) 473/2013. Han de ser presentados anualmente por los Estados de la zona euro. Su objetivo es garantizar la estabilidad presupuestaria dentro de la zona de la moneda única.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde “En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”, Bruselas, 2010, p.10.

“Los Libros Verdes son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Los Libros Verdes invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, y pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos”.

²¹ A. BAR CENDRÓN, “La Reforma Constitucional y la Gobernanza Económica de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012, p.73.

²² “Los programas de estabilidad han de incluir, entre otros aspectos, el objetivo presupuestario a medio plazo, la trayectoria de ajuste hacia dicho objetivo y un análisis de sucesos en el que se examinen los efectos de los cambios en los principales supuestos económicos subyacentes sobre la situación fiscal. Los cálculos deben basarse en los sucesos macrofiscales más probables (o más prudentes)”.

51. A fin de una mayor efectividad y coordinación, el Programa de Estabilidad se presenta coetáneamente con el Programa Nacional de Reformas.

52. Una vez evaluados los Programas Nacionales de Reformas y los Programas de Estabilidad por la Comisión Europea, ésta última elabora recomendaciones individualizadas para cada Estado miembro que, tras la oportuna tramitación, habrán de ser finalmente adoptadas por el Consejo de la Unión Europea en el mes de julio.

53. Las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea son documentos en los que se analiza la situación económica de cada Estado miembro y se recomiendan medidas que cada Estado debe tomar en los doce meses siguientes. Su ámbito puede ser muy heterogéneo, pero interesa destacar que las Recomendaciones específicas han incluido acciones correctoras también en el ámbito de la Seguridad Social.

3. Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea en materia de Seguridad Social

54. Las Recomendaciones específicas –enmarcadas en el Semestre Europeo– “al incorporar reformas en materia de pensiones incluyen acciones, medidas a desarrollar directamente por los Estados miembros”²³.

55. Es por ello que debemos preguntarnos si, a través de las Recomendaciones específicas que desde 2011 anualmente el Consejo de la Unión Europea hace a los Estados miembros podría estar invadiendo competencias nacionales en materia de legislación de Seguridad Social, al menos por lo que a España se refiere.

56. Para poder responder a esta pregunta es preciso realizar en primer lugar un análisis de los Planes de Estabilidad y Planes de Reforma presentados por España desde 2011. Y confrontarlos con las correspondientes Recomendaciones específicas del Consejo de la Unión Europea para nuestro país.

57. Se trata, en síntesis, de comprobar si existe una correlación entre las primeras y la segunda, de manera que el Consejo de la Unión Europea se limita, o no, a respaldar las propuestas de reformas que el propio Estado le presenta. O si por el contrario el Consejo de la Unión Europea por propia iniciativa marca una “hoja de ruta” en cuanto a las reformas concretas que el Estado ha de acometer.

58. Tras un análisis pormenorizado de las disposiciones mencionadas lo primero que se constata es que se pueden distinguir dos fases bien diferenciadas:

A) Primera fase

59. La primera fase comprende los años 2011, 2012 y 2013. Este trienio tiene como elemento en común que en todos estos años las Recomendaciones específicas a España contienen expresas referencias a la Seguridad Social y a la reforma de las pensiones en particular.

Año 2011

60. El 29 de abril España presentó la actualización de su Programa de Estabilidad, que parte de la premisa de que “la situación actual del Sistema de la Seguridad Social es sólida, presentando un superávit en 2010 (excluido el Servicio Público de Empleo) y contando con un fondo de reserva que supone el 6,1% del PIB”.

²³ I. CAMÓS VICTORIA, C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y B. SUÁREZ CORUJO, *La Reforma de los Sistemas de Pensiones en Europa*, Op. cit.; p.26.

61. Pese a tan optimista afirmación, en el capítulo 8 del Plan se detallan las reformas del sistema público de pensiones que el Gobierno ha impulsado, entre las que destacan las siguientes:

- Aumento gradual de la edad legal de jubilación hasta alcanzar los 67 años, excepto para las carreras largas.
- Endurecimiento de las condiciones para el acceso a la jubilación anticipada y parcial.
- Ampliación del periodo de cómputo de la pensión de los últimos 15 años a los últimos 25.
- El periodo cotizado para tener derecho al 100% de la pensión pasa de 35 a 37 años.
- Incrementar los incentivos para la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación.
- Introducción de un factor de sostenibilidad.

62. Reformas que se recogen en la Ley 27/2011, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social. Y que como en su Preámbulo se destaca, fue fruto del consenso social: incorpora los compromisos recogidos en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011. La Ley 27/2011 entró en vigor el 1 de enero de 2013.

63. Por su parte, el Plan de Reforma del año 2011, presentado el 29 de abril, se remite al Plan de Estabilidad por lo que a la reforma del sistema de pensiones se refiere.

64. En la segunda de las siete admoniciones que contiene la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12.7.2011 a España²⁴ se recomienda “adoptar la reforma del sistema de pensiones propuesta con el fin de retrasar la edad de jubilación legal y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones, según lo planeado; revisar periódicamente los parámetros de las pensiones a la luz de la evolución de la esperanza de vida, según lo previsto, y adoptar nuevas medidas encaminadas a mejorar el aprendizaje permanente para los trabajadores de más edad”.

65. Esta última propuesta, como GUTIÉRREZ BENGOCHEA pone de manifiesto²⁵, se materializaría con la aprobación del Real Decreto Ley 5/2013, de Medidas para Favorecer la Continuidad de la Vida Laboral de los Trabajadores de Mayor Edad y Promover el Envejecimiento Activo.

66. La conclusión que se alcanza es que la iniciativa, contenido y alcance de la reforma del sistema de pensiones es imputable al Gobierno, respaldado por lo que se refiere a la Ley 27/2011 por el consenso social. En ningún caso ordenada o impuesta por el Consejo de la UE que se limita a refrendar la propuesta que el propio Estado presenta dentro de su política de contención del gasto público.

67. Las recomendaciones específicas de 2011 del Consejo de la Unión Europea a España (y al resto de los Estados miembros) aparecen transcritas en el Anexo III del Libro Blanco “Agenda para unas Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles”.

68. Hay que descartar la naturaleza de fuente del Derecho en materia de reforma de pensiones del citado Libro Blanco. Y precisamente porque las Recomendaciones específicas a cada Estado por parte del Consejo de la Unión Europea difieren notablemente en cuanto a contenido dependiendo del país, es por lo que siendo aparentemente similares los problemas que los sistemas públicos de pensiones europeos han de afrontar, este Anexo III del Libro Blanco tiene un contenido tan dispar.

²⁴ DOUE de 19 de julio de 2011, C 212/01.

²⁵ M. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, “La Sostenibilidad de las Pensiones Públicas en un Estado de Bienestar Social”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol.2 n°2, 2017, p.102.

Año 2012

69. España presentó el 30 de abril su Programa de Estabilidad, que prevé que el gasto en pensiones entre 2010 y 2060 aumente “3,6 puntos de PIB, frente a los 6,6 puntos en un escenario sin reforma, por lo que el ahorro estimado de la reforma, excluido el factor de sostenibilidad, asciende a 3 puntos de PIB. Este ahorro se explica fundamentalmente por el alargamiento de la vida laboral. La ampliación de la edad de jubilación tiene un doble efecto positivo. Reduce la ratio de pensionistas sobre la población de más de 65 años, y aumenta la tasa de empleo de los trabajadores de mayor edad”.

70. Entre los hitos destacados por el Plan de Reforma, de 30 de abril, se encuentra el dato de la promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de conformidad con la segunda recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12.7.2011. Esta reforma trajo consigo, entre otros efectos, el incremento de la edad de jubilación, afectó al cálculo de la base reguladora y a la escala para obtener el cien por cien de la base reguladora e, igualmente, modificó el acceso a la jubilación parcial y anticipada²⁶.

71. En el undécimo Considerando de las Recomendaciones a España del Consejo de la Unión Europea de 10.7.2012²⁷ se hace constar que “en 2011, España adoptó una reforma de las pensiones que representa un paso significativo en favor de la sostenibilidad a largo plazo de la hacienda pública. Sin embargo, el deterioro de las perspectivas de la economía española está limitando los efectos de la reforma sobre la previsión de gastos públicos que se derivarían del envejecimiento de la población. Por otra parte, la reforma aún necesita complementarse con medidas concretas encaminadas a sostener la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad 2012- 2014”.

72. Y, específicamente en materia de pensiones, la segunda recomendación del Consejo de la Unión Europea es: “asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado de trabajo”.

Año 2013

73. En la Actualización del Programa de Estabilidad presentado por España 30 de abril destaca la afirmación de que “la relevancia del factor de sostenibilidad ha quedado reforzada en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo artículo 18.3 prevé que el Gobierno, en caso de proyectar un déficit de largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”. La reforma del 2011 “se complementa con una segunda etapa de reformas que incluyen las medidas en materia de jubilación anticipada y parcial y de fomento de la compatibilización entre trabajo y pensión contenidas en el Real Decreto-ley 5/2013²⁸, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”.

74. En el Programa Nacional de Reformas de 2013, presentado el 30 de abril, se cuantifica el ahorro esperado en el PIB tras la adopción de las reformas contenidas en el Real Decreto Ley 5/2013 y de los resultados del grupo de trabajo creado para diseñar el factor de sostenibilidad.

²⁶ Cfr. C. GALA DURÁN, “La reforma de la pensión de jubilación en las leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo”, *Revista Internacional de Organizaciones*, nº 8, 2012, p. 90.

²⁷ DOUE de 24 de julio de 2012, C 219/81.

²⁸ Esta norma introdujo reformas que afectaron a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial. Penaliza a las empresas que despiden a los trabajadores de más edad. Y amplió la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión de jubilación, para incentivar la permanencia en el mercado de los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación.

75. La Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 9.7.2013²⁹ contiene nueve admoniciones. En la primera de ellas in fine se lee: “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones incluso aumentando la edad efectiva de jubilación mediante el ajuste de la edad de jubilación o las pensiones de jubilación a los cambios en la esperanza de vida”.

B) Segunda fase

76. Las Recomendaciones específicas correspondientes a los años 2014 a 2017 se caracterizan por la ausencia de previsiones específicas en materia de reformas de pensiones.

Año 2014

77. En la Actualización del Programa de Estabilidad presentada el 30 de abril se destaca cómo en 2013 se adoptaron “dos importantes reformas: por un lado, el Real Decreto Ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo; y por otro, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones”. Y “como consecuencia de las reformas de pensiones adoptadas por España en 2013, el indicador de sostenibilidad S2 mejorará sensiblemente”.

78. Respecto al Fondo de Reserva de la Seguridad Social el citado documento constata que “en diciembre de 2013 cuenta con 53.744 millones de euros (5,25% del PIB)”.

79. Pero, pesar de las reformas en materia de pensiones acometidas por el Gobierno hasta la fecha, “las pensiones contributivas tienen consignado un crédito para 2014 de 112.103 millones de euros, un 5,4% superior al del pasado año”.

80. En el Anexo I del Plan de Reforma presentado por España el 30 de abril se contiene un cuadro explicativo de la aplicación de las Recomendaciones específicas recibidas del Consejo de la Unión Europea y las medidas adoptadas.

81. De las ocho admoniciones que contiene la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 8.7.2014³⁰ ninguna de ellas está directamente relacionada con el tema de las pensiones.

Año 2015

82. El 30 de abril de 2015 España presentó su Programa Nacional de Reformas y su Programa de Estabilidad.

83. En el primero de ellos se constata que “las pensiones contributivas tienen consignado un crédito para 2015 de 115.669 millones de euros, un 3,2% superior al del pasado año, estimado en función del incremento del colectivo de pensionistas y de la variación de la pensión media y de una revalorización de un 0,25%”. Por su parte, “las pensiones no contributivas de la Seguridad Social aumentan un 3,5%”.

84. El Programa Nacional de Reformas recoge en su Anexo I un cuadro con la aplicación de las recomendaciones específicas.

85. El Considerando nº 13 de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 14.7.2015³¹ señala que: “España ha realizado avances limitados en la mejora de la eficacia de su sistema de protec-

²⁹ DOUE de 30 de julio de 2013, C 217/81.

³⁰ DOUE de 29 de julio de 2014, C 247/35.

³¹ DOUE de 18 de agosto de 2015, C 272/46.

ción social. Ha establecido un nuevo programa de activación para los desempleados de larga duración, que combina el apoyo a la renta con asistencia en la búsqueda de empleo. No obstante, la coordinación limitada entre los servicios de empleo y los servicios sociales y la incompatibilidad de los distintos regímenes de renta mínima han reducido la eficacia de los programas de ayuda social”.

86. De las cuatro recomendaciones que contiene, ninguna específicamente afecta al tema de las pensiones o su reforma.

Año 2016

87. El 29 de abril de 2016, España presentó su Programa Nacional de Reformas y el 30 de abril de 2016, su Programa de Estabilidad.

88. En el Programa de Estabilidad se constata que “las pensiones contributivas tienen consignado un crédito para 2016 de 118.942 millones de euros, un 2,8% superior al del pasado año y las pensiones no contributivas de la Seguridad Social aumentan un 2,2%”. Dado “la senda ascendente que sigue el gasto en pensiones, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 incluyó una disposición para realizar, en el marco del Pacto de Toledo, un análisis que fortalezca las fuentes de financiación de la Seguridad Social y que profundice en el distinto carácter de las prestaciones contributivas y no contributivas”.

89. En el Considerando nº 10 de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio³² se constata que “aunque el desempleo está disminuyendo rápidamente, sigue siendo muy elevado, en particular entre los jóvenes, y su duración media es también muy elevada. La persistencia de índices elevados de desempleo de larga duración implica que la falta de empleo puede hacerse crónica, en detrimento de las condiciones laborales y sociales. Casi el 60 % de los parados de larga duración están poco cualificados.”.

90. De las cuatro recomendaciones específicas que contiene este documento, ninguna afecta al tema de las pensiones o su reforma. En 2016 el gasto en pensiones ascendió a 134.820 millones de euros, lo que representa el 12,1 del PIB. Correlativamente el sistema de Seguridad Social tuvo un déficit de 18.096 millones de euros, equivalente al 1,6 PIB.

Año 2017

91. El 28 de abril de 2017, España presentó su Programa Nacional de Reformas de 2017 y el 29 de abril de 2017 su Programa de Estabilidad de 2017.

92. En el Anexo I del Programa de Reforma se recoge la aplicación de las recomendaciones específicas.

93. Ninguna de las tres recomendaciones específicas que contiene la Recomendación del Consejo de la Unión Europea a nuestro país de 11.7.2017³³ afecta a las pensiones o su reforma. Y todo ello a pesar de que el gasto en pensiones ascendió a 134.820 millones de euros, lo que representa el 12,1 del PIB. Correlativamente el sistema de Seguridad Social tuvo un déficit de 18.096 millones de euros, equivalente al 1,6 PIB.

³² DOUE de 18 de agosto de 2016, C 299/07.

³³ DOUE de 9 de agosto de 2017, C-261.

V. El control del gasto público y el Derecho Internacional

1. El Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” y el Tratado “Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad”

94. La carencia por parte de la UE de “amplias competencias fiscales, de una política presupuestaria común y de una coordinación de las políticas económicas”, unido “a una situación de crisis asimétricas e intereses (económicos y monetarios) contrapuestos entre los diferentes Estados que conforman esa Unión Económica Monetaria”³⁴ abocaron a la firma del Tratado Intergubernamental de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria” el 2 de marzo de 2012 y que entró en vigor el 1 de enero de 2013 (también conocido como Pacto Presupuestario). Sólo tres Estados no lo han firmado: Reino Unido, República Checa y Croacia.

95. Su artículo 2.1 dispone que su aplicación no afectará a las competencias de la UE para actuar en el ámbito de la unión económica.

96. Para garantizar la efectividad de las reglas contenidas en el citado Tratado su artículo 3.2 exige su transposición al “Derecho nacional mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales”.

97. Aunque el Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” regula materias que son competencia de la Unión Europea, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho es digno de ser resaltado el hecho de que no estemos ante una norma de Derecho de la Unión Europea sino ante un Tratado Internacional. Ello es debido a que fue negociado al margen del procedimiento instaurado por el Derecho de la UE.

98. En España, y en aplicación del procedimiento establecido en el artículo 93 de la Constitución, fue la Ley Orgánica 3/2012 –BOE de 26.7.2012– la que autorizó la ratificación del Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza”. En virtud del mismo, los Estados miembros de la UE firmantes acuerdan “reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro”.

99. Complementario al Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” es el Tratado “Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad” (MEDE), –hecho en Bruselas el 2.2.2012– del que son partes los Estados de la eurozona. Fue ratificado por España –BOE de 4.10.2012–. Puede ser descrito como “un sistema de concesión de ayudas financieras a Estados en situaciones de grave riesgo”³⁵.

100. El MEDE fue incorporado al TFUE por medio de la Decisión 2011/199, que añadió al artículo 136 un nuevo apartado 3 que dispone que: “los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas”.

101. Sobre la competencia de los Estados miembros cuya moneda es el euro para establecer entre ellos un mecanismo de estabilidad a través de un Tratado internacional (MEDE) y plasmarlo en una

³⁴ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados Constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, p. 402.

³⁵ A. AGUILAR CALAHORRO, “La Decisión Pringle en el Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea”. Op. cit.; p. 343.

norma de Derecho comunitario se pronunció favorablemente el TJUE en su sentencia de 27.11.2012, -370/12, (Pringle)³⁶.

102. La concesión de asistencia financiera a través del nuevo Tratado MEDE, estará condicionado a partir de marzo 2013 a la ratificación del Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” por el Estado miembro del MEDE de que se trate.

103. Como conclusión provisional, y siguiendo a SERRANO PÉREZ³⁷, se puede afirmar que el Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” y el MEDE han sido los mecanismos internacionales a los que se ha tenido que recurrir para “resolver la paradójica situación de tener una moneda común “pero no una economía común”.

A) El principio de estabilidad presupuestaria y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española

104. Reiteradamente se ha hecho ya alusión en páginas precedentes a la grave crisis económica y financiera que España, como el resto de los países de nuestro entorno, afrontó a partir del año 2008³⁸.

105. La situación llegó a ser tan extremadamente acuciante que el 23 de agosto de 2011 el Presidente Rodríguez Zapatero formuló una propuesta de reforma constitucional con el objetivo de contención del gasto público, iniciativa que prosperó con los apoyos del Partido Popular y Unión del Pueblo Canario.

106. Esta reforma fue el “resultado necesario de las condiciones económicas y financieras del momento y, desde luego, de las exigencias provenientes de Europa, que demandaban un equilibrio financiero y presupuestario”³⁹.

107. El 27 de Septiembre de 2011 se publica en el BOE el nuevo artículo 135 de la Constitución española, entrando en vigor ese mismo día.

108. Tras esta reforma, la segunda del texto constitucional desde su promulgación en 1978, todas las Administraciones Públicas han de adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria (artículo 135.1 CE), también conocida como “la regla de oro” del equilibrio presupuestario: que las previsiones presupuestarias de ingresos y de gastos se encuentren siempre en situación de equilibrio, o de superávit⁴⁰.

109. Este último precepto fue desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en cuya Exposición de Motivos se afirma que “la reforma de la Constitución pretende manifestar el claro compromiso de España con las exigencias de coordinación y definición del marco de estabilidad común de la Unión Europea...siendo además España uno de los primeros países en incorporar el paquete de gobernanza económica europea a su ordenamiento jurídico interno. Además, esta Ley da cumplimiento al Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea”.

³⁶ Cfr. A. AGUILAR CALAHORRO, “La Decisión Pringle en el Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea”, Op. cit.; pp.337-380.

³⁷ M. SERRANO PÉREZ; “La Constitución Económica Europea y la Gobernanza Económica”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, nº 118, 2013, p.114.

³⁸ Cfr. J.I. GARCÍA NINET (Dir.); *El Impacto de la Gran Crisis Mundial Sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su Incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014*, Atelier. Barcelona. 2014.

³⁹ A. BAR CENDRÓN, “La Reforma Constitucional y la Gobernanza Económica de la Unión Europea”. Op. cit.; p.60.

⁴⁰ A. BAR CENDRÓN; La Reforma Constitucional y la Gobernanza Económica de la Unión Europea”. Op. cit.; p.61.

VI. Recapitulación: La legislación de Seguridad Social, competencia nacional

110. Se ha de partir de la base de que el régimen jurídico de las pensiones en España nunca ha sido un sistema estático sino dinámico. Sucesivas reformas se han sucedido en las últimas décadas entre las que cabría citar –siguiendo a RODRÍGUEZ INIESTA⁴¹– las introducidas por la Ley 26/1985, 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social; Ley 26/1990, de 20 diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas; Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social; Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social; y Ley 40/2007, de 4 diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

111. Consecuentemente, la promulgación de la Ley 27/2011, de 1 agosto, de Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y de la Ley 23/2013, de 23 diciembre reguladora del Factor de Sostenibilidad e Índice de Revalorización no son sino hitos legislativos en una cadena de reformas que continúan hasta nuestros días.

112. A la vista de los Programas Nacionales de Estabilidad y Reforma presentados por España desde 2011 y las Recomendaciones específicas emanadas del Consejo de la Unión Europea para España, la conclusión que se alcanza –salvo mejor opinión– es que el Consejo se ha limitado en materia de pensiones a refrendar las reformas que España ha impulsado en el trienio 2011-2013, exactamente en los mismos términos y con el mismo alcance y extensión que son objeto de inclusión en los Planes de Reforma y en los Programas de Estabilidad.

113. No puede imputarse, por tanto, al Consejo de la Unión Europea la iniciativa de reforma concreta alguna en materia de pensiones para nuestro país.

114. Es más, a pesar de que en los últimos años el gasto en pensiones ha alcanzado records históricos y que los recursos del Fondo de Reserva han descendido en picado, no hay reformas específicas en materia de pensiones entre las recomendaciones dirigidas por el Consejo de la Unión Europea a España en los últimos cuatro años. Curiosamente, la supresión de las referencias del Consejo de la Unión Europea al tema de las pensiones en sus recomendaciones específicas anuales prácticamente coinciden en el tiempo con la pérdida de la mayoría absoluta en el Congreso del partido en el gobierno.

115. Con una cada vez mayor contestación social a la política de austeridad impuesta en años precedentes, unido a la inestabilidad política derivada del auge del nacionalismo, difícilmente habrá a corto plazo en España Gobierno alguno que pueda afrontar el desgaste político que supondría cualquier nuevo intento de reforma de gran calado del sistema de pensiones a costa de reducir la cobertura y suficiencia de las mismas.

116. Igualmente, entendemos que tampoco cabe imputar a la Comisión Europea la responsabilidad en materia de reformas de pensiones, pues hay que diferenciar entre:

a. Las funciones que tiene encomendadas en el marco del Semestre Europeo.

117. Aunque es la Comisión la que elabora las recomendaciones para cada Estado miembro, éstas han de ser refrendadas por el Consejo Europeo en el mes de junio y adoptadas un mes más tarde por el Consejo de la Unión Europea.

⁴¹ G. RODRÍGUEZ INIESTA, “Sinopsis de las Últimas Reformas Legislativas en el Ámbito de la Seguridad Social” en: VV.AA., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada*, Laborum, Murcia, 2016, pp.13-29.

118. Por tanto, resulta poco realista que los Estados vayan a aceptar recomendaciones que no hayan sido previamente “consensuadas” y estén en sintonía con los intereses políticos del partido/s en el gobierno.

119. Dicho con otras palabras, la Comisión Europea por sí misma carece de competencias para imponer a los Estados miembros ninguna reforma de su sistema de pensiones y mucho menos para legislar en dicha materia, la última palabra es siempre competencia de los Estados. Las propuestas que la Comisión Europea pueda realizar en materia de pensiones y que se materializan en una variada gama de actos (dictámenes, Libros Verdes y Libros Blancos⁴²) carecen de eficacia jurídica vinculante.

120. No son fuente del Derecho de la Unión Europea conforme al artículo 288 TFUE⁴³.

Por tanto, no vinculan a los Estados miembros, sin perjuicio de que iniciativas concretas pudieran ser asumidas por los Gobiernos nacionales.

121. En cualquier caso y en honor a la verdad hay que reconocer que las instituciones europeas no se han erigido nunca formalmente con competencias que no les atribuyen los Tratados sino que, por el contrario, siempre han reconocido que la “UE no tiene poder para legislar sobre el diseño de los sistemas de pensiones como tales en los Estados miembros” y que cada Estado miembro es libre de determinar las particularidades de su propio régimen de seguridad social, como por ejemplo qué prestaciones se conceden, las condiciones para optar a ellas, cómo se calculan y qué cotizaciones deben abonarse⁴⁴.

122. Tampoco se han cuestionado “las prerrogativas de los Estados en materia de pensiones” y se ha rechazado “que exista un sistema de pensiones ideal con un diseño válido para todos⁴⁵”.

123. A mayor abundamiento, la Comisión reconoce que, igual como ocurre con el empleo, las políticas de protección social y de inclusión social son responsabilidad de los Estados miembros⁴⁶.

124. Tales afirmaciones reflejan la legalidad vigente tal y como ha corroborado la jurisprudencia del TJUE, que ha reconocido que el Tratado no aspira, ni aspiró en ningún momento, a crear un régimen común de protección social⁴⁷ por lo que permanecen inalteradas las diferencias entre los regímenes de Seguridad de los Estados miembros⁴⁸.

125. Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁹ ha sostenido que “las orientaciones generales de la política social definida por cada Estado miembro no pueden ser objeto de un control juris-

⁴² “Los Libros Blancos de la Comisión Europea son documentos que contienen propuestas de acciones de la Unión Europea en un campo específico. A veces constituyen una continuación de los Libros Verdes publicados, cuyo objetivo es iniciar un proceso de consultas a escala de la UE. El propósito de los Libros Blancos es iniciar un debate con el público, las partes interesadas, el Parlamento Europeo y el Consejo con el fin de alcanzar un consenso político”.

⁴³ El Reglamento: obligatorio en todos sus elementos, es directamente aplicable en cada Estado miembro. La Directiva: obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que deba obtenerse, exige una transposición al ordenamiento jurídico nacional y deja cierta libertad en cuanto a la forma y los medios de su aplicación. La Decisión: obligatoria en todos sus elementos, vincula a los destinatarios a quienes designa expresamente. La Recomendación y el dictamen: no obligatorios, tienen carácter de declaración.

⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación sobre revisión de la legislación de la UE en materia de coordinación”, de 13.12.2016. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde “En Pos de unos Sistemas de Pensiones Europeos Adecuados, Sostenibles y Seguros”, 2010, p.2.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, “La aportación de la UE al envejecimiento activo y la solidaridad entre generaciones”, Op. Cit., p.14.

⁴⁷ STJCE de 21 de marzo de 1990, Cabras, 199/98, Rec. I-1023.

⁴⁸ STJUE de 15 de enero de 1986, Pinna, 41/84, Rec. 585. Subsisten diferencias entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros y, por consiguiente, entre los derechos de las personas que en ellos trabajan. Las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de seguridad social de cada Estado miembro –y por ello entre los derechos de las personas que en ellos trabajan– no son afectadas por el Tratado.

⁴⁹ SSTJCE de 11 de junio de 1987, Teuling, 30/85, Rec.2497; de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica, 229/89, Rec. I-2205; de 19 de noviembre de 1992, Molenbroeck, 226/91, Rec. I-5963; de 17 de marzo de 1993, asuntos acumulados (Neptum), 72/91 y 73/91, Rec. 927 y de 28 de abril de 1994, Hoorn, 305/92, Rec. I-1525, entre otras.

diccional”. Hasta el punto que ni tan siquiera la normativa comunitaria resulta aplicable para determinar los requisitos de afiliación a un régimen concreto de Seguridad Social, ya sea obligatorio o voluntario⁵⁰.

126. En concreto, por lo que a las pensiones se refiere, la Confederación Europea de Sindicatos hace hincapié en recordar en su respuesta al Libro Verde de la Comisión Europea, que “la Unión Europea, en virtud de los Tratados actuales, no es competente para intervenir en la organización, estructura y financiación de los sistemas obligatorios de pensiones”.

127. Por último, pero no menos clarificador para comprender porqué la legislación de Seguridad Social es competencia de los Estados, hay que destacar que “frente a la Estrategia Europea de Empleo que cuenta con financiación comunitaria a través de los Fondos Estructurales, las políticas de protección social se financian con los presupuestos nacionales, sin contribución comunitaria alguna...es lógico, por tanto, que los Estados miembros no acepten ni directrices ni recomendaciones procedentes de la Comisión”⁵¹.

VII. Conclusiones

128. Con la implantación de la moneda común los Estados de la euro zona se han vistos sometidos a una rigurosa disciplina presupuestaria, reforzada como consecuencia de la inestabilidad derivada de la situación de las finanzas públicas en los países mediterráneos tras la última –por el momento– gran crisis financiera y económica mundial que se inició en 2008.

129. En España, esta política de austeridad deriva de la imperiosa necesidad de cumplir los compromisos asumidos en materia de déficit público y nivel de deuda pública derivados del Derecho de la UE, por una parte; y de los Tratados internacionales ratificados por nuestro país, de otro lado; y cuyo incumplimiento puede acarrear graves consecuencias.

130. Ante la tesitura de tener que reducir el déficit público, y entre las múltiples opciones que el legislador nacional tenía en su haber para cumplir ese objetivo se decidió, entre otras medidas, por una paramétrica y restrictiva reforma de las pensiones de jubilaciones contributivas por ser las que mayor cuantía de gasto generan para los Presupuestos Generales del Estado.

131. Como ha reconocido la propia Comisión Europea en su Libro Blanco (2012), las reformas de jubilación en los Estados miembros se consideran un factor determinante para el buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria.

132. Lo que a nuestro entender diferencia claramente las reformas en materia de pensiones en España llevadas a cabo tras la implementación del Semestre Europeo –frente a otras reformas anteriores en el tiempo– es que las del trienio 2011-2013 se enmarcan claramente dentro de una política de austeridad financiera cuyo objetivo, en última instancia, es de naturaleza eminentemente fiscal: reducir el porcentaje del PIB destinado a sufragar pensiones contributivas.

133. Pero lo cierto es que las instituciones de la Unión Europea nunca se han arrogado competencias legislativas en materia de Seguridad Social, ya que es competencia de los Estados miembros.

134. La iniciativa, contenido y alcance de la reforma del sistema de pensiones es imputable al legislador español exclusivamente. En ningún caso ordenada o impuesta por la Comisión Europea o por el Consejo de la UE.

⁵⁰ SSTJCE de 12 de julio de 1979, Brunori, 266/78, *Rec.* 2705; de 24 de abril de 1980, Coonan, 110/79, *Rec.* 1445 y de 24 de septiembre de 1987, Rijke, 43/86, *Rec.* 3611.

⁵¹ V. PÉREZ MENAYO, “El Método Abierto de Coordinación en la Unión Europea: su Aplicación a las Pensiones”, *Op. Cit.*, p.53.

135. Examinados los Programas Nacionales de Estabilidad y Reforma presentados por España desde 2011 y las Recomendaciones específicas emanadas del Consejo de la Unión Europea para nuestro país se concluye que el Consejo se ha limitado en materia de pensiones a refrendar las reformas que España ha impulsado en el trienio 2011-2013, en los mismos términos y con el mismo alcance y extensión que son objeto de inclusión en los Programas de Estabilidad.

136. Asimismo puede afirmarse rotundamente que ninguno de los Tratados internacionales ratificados por España obliga o condiciona la reforma del sistema público de pensiones.

137. Podría, pues, considerarse que la reforma de las pensiones contributivas es uno de los “peajes” que ha habido que pagar en aras de la estabilidad de la moneda única (el euro).

138. Dicho con otras palabras, el fortalecimiento del Pilar Económico de la Unión Europea se ha realizado a costa de debilitar el Pilar Social.

139. Por lo que al futuro de las pensiones de jubilación se refiere no es previsible que asistamos en España a nuevas reformas paramétricas: con una cada vez mayor contestación social a la política de austeridad impuesta en años precedentes, unido a la inestabilidad política derivada del auge del nacionalismo, difícilmente habrá a corto plazo en España Gobierno alguno que pueda afrontar el desgate político que supondría cualquier nuevo intento de reforma de gran calado del sistema de pensiones a costa de reducir la cobertura y suficiencia de las mismas.

LA DENOMINADA “HERENCIA DIGITAL”: ¿NECESIDAD DE REGULACIÓN? ESTUDIO DE DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

THE SO-CALLED “DIGITAL INHERITANCE”: NEED OF REGULATION? STUDY OF SPANISH AND COMPARATIVE LAW

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 10.02.2018 / Aceptado: 18.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>

Resumen: El uso de internet se ha expandido de tal modo que el mundo digital constituye un elemento cotidiano de nuestras vidas. En la actualidad se adquieren constantemente bienes y servicios de carácter digital a través de la red; se almacenan documentos en la nube; se publican fotos, contenidos íntimos, opiniones, en redes sociales y blogs y se llevan a cabo juegos y actividades de ocio por medio de internet. Pero ¿qué sucede con las comunicaciones electrónicas de un sujeto, la información almacenada por él en la red o la música o libros digitales adquiridos por éste cuando muere? Este artículo analiza los problemas que presenta la transmisión “mortis causa” de los bienes digitales y pone de manifiesto la insuficiencia de las reglas generales del Derecho sucesorio para solucionarlos así como la conveniencia de contar con una regulación específica. A continuación se examinan las soluciones legales propuestas o ya adoptadas en distintos ordenamientos, con el fin de extraer conclusiones acerca del mejor modo de regular esta cuestión. Estas conclusiones se contrastan, por último, con las reglas que pretende instaurar el Proyecto de ley de Protección de Datos que se encuentra en tramitación.

Palabras clave: Bienes digitales. Cuentas. Contenidos. Transmisibilidad “mortis causa”. Naturaleza patrimonial. Naturaleza personal. Derechos de la personalidad. Privacidad. Secreto de las comunicaciones. Protección de datos. Voluntad del difunto.

Abstract: The use of the internet has been expanded in such a way that the digital world represents a daily element in our life. Nowadays, products and services –analog or digital- are constantly purchased through the internet; digital documents are stored in the cloud; pictures, private information or opinions are uploaded on social networks or blogs and games and leisure activities are carried out through the internet. But ¿what’s the fate of a person’s electronic communications when he dies, of the information stored by him on the network or of the digital music or books acquired through the internet? This paper analyzes the problems involved in the transfer of digital assets upon death and highlights that the probate system is not sufficient to solve them and specific regulation should be enacted. It continues by examining the legal solutions proposed or enacted in different legal systems with the purpose to obtain conclusions about the best way to regulate this issue. These conclusions are compared, finally, with the rules contained in the Spanish Bill of Protection of personal data currently in process.

Keywords: Digital assets. Accounts. Contents. Transfer of property upon death. Patrimonial nature. Personal nature. Personality Rights. Privacy. Secrecy of communications. Data protection. Deceased’s will

Sumario: I. Introducción. II. Sobre la transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales. 1. Concepto y tipos de “bienes digitales”. 2. La exclusión de la herencia de los bienes de naturaleza no patrimonial. 3. La intransmisibilidad derivada de acuerdos contractuales 4. Recapitulación: Insuficiencia de las reglas generales en materia hereditaria. III. La situación en Estados Unidos: Leyes federales que protegen la privacidad del usuario de comunicaciones electrónicas y propuesta de solución: La Revised Uniform Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA). IV. El derecho a la “muerte digital” consagrado en Francia. V. La ley catalana de voluntades digitales. VI. Algunas conclusiones. VII. La regulación contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales: Valoración crítica.

I. Introducción¹

1. Actualmente es posible encontrar en la red numerosos blogs y artículos advirtiendo sobre la necesidad de prestar atención a la situación en que quedan nuestros “bienes digitales” tras nuestra muerte. Y hay ya empresas en el mercado español que ofrecen servicios de “administración” de cuentas online, redes sociales y documentos de carácter digital tras el fallecimiento del usuario². Estas empresas suelen utilizar el término “testamento digital”³ o “legado digital” para aludir a dichos servicios, lo cual puede generar al usuario cierta confusión, pues puede creer que, mediante las herramientas ofrecidas por tales empresas, está celebrando un negocio de eficacia equivalente al testamento ordinario por medio del cual va a transmitir sus bienes digitales a sus herederos o a un legatario, del mismo modo que pueden transmitirle sus bienes físicos o analógicos. Ante esa situación son numerosos los notarios que advierten de lo inadecuado que resulta utilizar el término “testamento” para aludir a los servicios señalados⁴ y sostienen que para regular el destino de los “bienes digitales” a la muerte del individuo debe acudir al testamento ordinario⁵.

2. Ocurre, sin embargo, que los defensores del recurso al testamento notarial para regular el destino de esos bienes digitales, suelen afirmar que *no existe diferencia alguna entre la herencia digital*

¹ Este artículo se ha realizado en el marco del PI DER2017-82638-P. Constituye una versión ampliada y desarrollada de la ponencia presentada por la autora en las III Jornadas Hispano-alemanas de Derecho privado celebradas en la Uc3m en octubre de 2017.

² Véase, por ej. “*Mi legado digital*”, que ofrece un servicio que denomina como de “testamento digital” (<https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>), que incluye ciertas actuaciones como gestionar biografías familiares, enviar mensajes póstumos, comunicar la noticia del fallecimiento a los contactos, eliminar suscripciones a redes sociales, convertir la cuenta en conmemorativa, etc.

³ Otra empresa, “*Tellmybie*” (<https://tellmybye.com/es>) ofrece servicios de “legado digital”, que, según advierte, son compatibles con el testamento notarial y se autodefine como “la primera web legal que asegura todo tu legado digital de forma póstuma o enfermedad terminal”. Ciertas empresas funerarias, como “*Efuneraria*” (<https://efuneraria.com/temas/mundo-digital/redes-sociales-y-fallecimiento/>) se hacen eco de esta situación e informan sobre la posibilidad de contratar empresas especializadas “que nos ayudan a confeccionar un testamento digital o a borrar los perfiles de las redes sociales cuando ya no estemos”, y hay incluso, compañías de seguros que, han comenzado a ofertar, en las pólizas de seguro de deceso, servicios adicionales sobre “testamento on line” o “borrado digital”. Información disponible en:

(<http://www.rastreator.com/seguro-decesos/noticias/lanzan-seguro-nortehispana-familiar.aspx>).

⁴ Vid. el artículo “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, de J. GINER GANDIA, fundadora de la empresa, anteriormente mencionada, “*Mi legado digital*”, en el ebook *Testamento ¿Digital?*, coord. por OLIVA LEÓN Y VALERO BARCELÓ, Juristas con Futuro, 2016, págs. 56-60

⁵ C. LLUC CERDÁ, “El reto de una muerte digital...digna”, en *Testamento ¿Digital?*, cit., p. 22 observa, en este sentido, “cualquier otro formato distinto del recurso a un notario dudo que cuente (hoy) con legitimación para actuar ante terceros y, si a eso se le llama “testamento” con toda probabilidad estamos ante un simple supuesto de intrusismo”; F. ROSALES DE SALAMANCA, “Testamento digital”, en *Testamento ¿Digital?*, cit., p.32 (también disponible en <https://www.notariofranciscorosales.com/testamento-digital/>) afirma que el testamento realizado usando un “aplicativo informático” es radicalmente nulo y no surtirá efecto alguno, y advierte que las empresas que ofrecen testamentos digitales no autorizan testamento alguno sino que son simplemente “gestoras de archivos digitales”.

⁶ J.C. LLOPIS BENLLOCH, “Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe”, en *Testamento ¿Digital?*, cit., p. 46, señala en este sentido que si bien puede hablarse de “testamento digital” “para una previsión *mortis causa* que afecte exclusivamente a bienes o derechos digitales”, “si queremos que sea testamento, debe partir de la base de un testamento notarial inicial que organice la sucesión de la persona, siendo las previsiones digitales compatibles con el mismo”.

y la analógica⁶, que “es imposible distinguir entre un heredero del patrimonio digital y un heredero del patrimonio analógico porque la herencia es una sola”⁷, o que “los archivos digitales, tales como fotos, documentos... si no decimos nada corresponderán a nuestro heredero”⁸.

3. Tales afirmaciones desconocen las peculiaridades que afectan a ciertas cuentas, contenidos, archivos, ficheros, etc. que suelen incluirse dentro de la noción de “bienes digitales”, y que explican, como más adelante se verá, que, pese a lo que algunos comentaristas afirman, sea bastante dudoso que el heredero pueda recibir “los derechos relativos a las redes sociales *del mismo modo* que tendrá derecho a la caja donde se guardan los documentos más íntimos del fallecido”⁹.

4. Esas particularidades han dado lugar a litigios en otros países, cuando los herederos o familiares del difunto han intentado acceder a sus cuentas en servicios de mensajería o redes sociales y se han encontrado con la negativa de los proveedores de servicios de internet. La mayor parte de estos litigios se han suscitado en EEUU¹⁰ pero, también, recientemente, en Alemania¹¹, donde la doctrina ya había comenzado a prestar atención al tema.

5. El intenso debate doctrinal que ha tenido lugar desde hace unos años en Estado Unidos ha motivado diversas iniciativas de regulación del tema, que han culminado en una propuesta de ley uniforme por parte de la *Uniform Law Commission*, la “Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act 2015”, ya adoptada como ley propia en algunos Estados. En Francia la reciente *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* ha regulado el destino de los bienes digitales a la muerte del usuario. Por lo que respecta a España, el Parlamento Catalán aprobó hace unos meses la Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales y modificación de los libros segundo y cuarto del C.c. de Cataluña (BOE 21-7-2017)¹², pero ha de advertirse que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos actualmente en tramitación, contiene reglas relativas a la transmisibilidad “mortis causa” de ciertos bienes digitales.

6. A continuación voy a analizar los problemas jurídicos que plantea la posible transmisibilidad “mortis causa” de dichos bienes y que justifican que sea conveniente que existan normas específicas que regulen el destino de esos bienes a la muerte de la persona. Con posterioridad haré un repaso de las soluciones legales propuestas o ya adoptadas en los mencionados ordenamientos. A partir de ahí intentaré esbozar algunas conclusiones y, por último, contrastaré estas conclusiones con las reglas que, en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, abordan esta cuestión. No trataré los posibles problemas de Derecho internacional privado que puede plantear la aplicación extraterritorial de

⁶ Así F. ROSALES DE SALAMANCA F., ob. cit., p. 29, que afirma que, dado que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, es irrelevante que esos bienes sean analógicos o digitales. J. GONZÁLEZ GRANADO, ob. cit., p. 43, indica que los bienes digitales “forman parte de la masa activa de la herencia sin ninguna especialidad respecto de los demás bienes del causante”. Por su parte L. MENÉNDEZ, “¿La herencia digital?”, *Escritura Pública, septiembre-octubre*, 2016, p.21, manifiesta que “al igual que los expertos señalan que el testamento digital no existe, no aprecian diferencia entre la herencia digital y la analógica”.

⁷ L. FERNÁNDEZ-BRAVO, “La herencia digital”, colaboración en el blog “¿La herencia digital”, *Escritura Pública, septiembre-octubre*, 2016, p. 23

⁸ C. GARCÍA LAMARCA “Albacea digital”, colaboración en el blog “Albaceas digitales: ¿Cómo gestionar nuestra herencia on line?”, *Escritura Pública*, mayo-junio 2015, p. 21

⁹ La afirmación entrecorriada la realiza L. FERNÁNDEZ-BRAVO, “Testamento, legado, herencia...¿digital?” en *Testamento ¿digital?*, cit., p. 54

¹⁰ Vid, infra, nota 54

¹¹ La sentencia del Tribunal de apelación de Berlín (*Kammergericht*) de 31 de mayo de 2017 ha revocado la sentencia emitida el 7-12-2015 por el *Landesgericht*, en el sentido de impedir a la madre de una chica muerta en un accidente el acceso a su cuenta de Facebook. Vid. infra nota 39

¹² Esta ley ha sido objeto de un Recurso de inconstitucionalidad (Recurso n° 4741-2017) presentado por el Gobierno al entender que algunos de sus preceptos (básicamente los referidos a la creación de un Registro electrónico de voluntades digitales) invaden competencias estatales (según el art. 149 CE la ordenación de los registros e instrumentos públicos es competencia del Estado). La admisión a trámite por parte del TC de este recurso determina la suspensión cautelar de la vigencia de la ley impugnada (BOE n° 258 de 26 octubre de 2017).

las normas nacionales, ni tampoco la coordinación entre la ley catalana de voluntades digitales (cuya vigencia se encuentra cautelarmente suspendida)¹³ y las reglas contenidas en la futura LOPD que pudieran entrar en colisión con ella, cuestiones ambas que exceden del objeto de este trabajo.

II. Sobre la transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales

1. Concepto y tipos de “bienes digitales”

7. Antes de continuar conviene concretar a qué realidad nos estamos refiriendo cuando hablamos de “bienes digitales” (“digital assets”), término habitualmente empleado por la doctrina americana, que es la pionera en este ámbito. El concepto de “bien digital”, con independencia de los diversos intentos de definición, abarca cualquier información o archivo de carácter digital almacenado localmente u *online*¹⁴. En general, se suele incluir dentro de tal concepto tanto las *cuentas on line* como los *contenidos* de todo tipo alojados en un ordenador, en la nube o en un servidor perteneciente a un tercero con el que se mantiene una relación contractual, siempre que tales contenidos sean de carácter digital. Esto abarca una gran cantidad de supuestos, tales como cuentas de correo electrónico, cuentas bancarias *on line*¹⁵, saldos positivos en juegos *on line*, escritos y opiniones vertidas en blogs, documentos almacenados en la nube; fotos, comentarios, etc., publicados por el usuario en una red social; música o libros adquiridos en formato digital, etc.

8. Conviene advertir que las “cuentas” (“accounts”), son en realidad relaciones obligatorias de naturaleza contractual en cuya virtud un prestador de servicios de internet ofrece al usuario ciertos servicios de carácter digital (acceso a un sistema de comunicación, a un sistema de almacenamiento en nube, a una plataforma de juegos, a una red que le permite compartir contenidos, a un sistema de pago, etc.)¹⁶. Estas relaciones obligatorias se rigen por las condiciones generales establecidas por la empresa con la que se contrata. Aunque en algunos casos el servicio se presta de manera aparentemente gratuita, siempre existe una contraprestación por parte del usuario, que consiste en la cesión de ciertos datos al proveedor de servicios de internet¹⁷.

9. Por lo que se refiere a los “contenidos”, éstos pueden ser suministrados por el proveedor de servicios a través de la cuenta abierta por el usuario (v. gr. música o libros en formato digital), o pueden ser creados por el propio usuario, como sucede con los mensajes de correo electrónico, datos íntimos o

¹³ Vid. nota anterior

¹⁴ Sobre ello N.R. BAYER and G.W. CAHN, “When you pass on, Don’t Leave the Passwords Behind”, *Probate and Property*, 2012, vol. 26, nº 1, p. 41. J.J. LEE “Death and Live Feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Access”, *Columbia Business Law Review*, 654 (2015), indica que, definido en sentido amplio, es un bien digital cualquier cosa en archivo digital almacenada en un ordenador o en otro lugar por medio de un contrato con un tercero. M. SLAUGHTER, “The barriers of Facebook’s terms of service agreement: hardships placed on fiduciaries Access to digital assets”, *Information and Communications Technology Law*, 2015, 24:2, p. 186, enuncia, en nota 29, varias propuestas doctrinales de definición, pero adopta la elaborada por la Uniform Law Commission’s, consistente en “una grabación electrónica”, término que incluye “tanto el catálogo de las comunicaciones electrónicas como su contenido”(p. 187); E. SY., “The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology”, *Touro Law Review*, 2016, vol. 32, nº 3, Article 7, p. 650, define el bien digital como “cualquier información creada que existe en forma digital, ya sea *on line* o almacenada en un aparato electrónico, incluyendo la información necesaria para acceder a la misma”

¹⁵ Adviértase que el dinero perteneciente al titular de la cuenta no es un bien de carácter digital. La naturaleza digital se predica exclusivamente de la cuenta y el modo de acceso a la misma. Conviene distinguir por ello, entre los bienes “almacenados” o “depositados” en una cuenta de carácter digital (bienes que pueden ser “físicos”, como es el caso del dinero, o revestir también carácter digital –v. gr. mensajes de correo electrónico–) y el acceso a dicha cuenta (En este sentido C. WONG “Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children? Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs” en *Santa Clara High Technology Law Journal*, 2012, vol. 29, Article 5, p. 710, 711). La propiedad del dinero ingresado en una cuenta corriente, aunque la misma sea *on line*, así como su transmisibilidad “mortis causa”, sigue las reglas generales. Lo que podría, en todo caso, plantear algún problema, es el conocimiento y acceso de los herederos a la cuenta en cuestión.

¹⁶ En este sentido M. BOCK, “Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses”, *AcP*, 2017, nº 217, p. 376, 377

¹⁷ M. BOCK, ob. cit., p. 377

fotos publicados en una red social, opiniones vertidas en foros o en blogs, fotos, vídeos, escritos almacenados en la nube, etc. Los segundos suponen en realidad el ejercicio de derechos de la personalidad, como el derecho a la intimidad, imagen o el de libertad de expresión, opinión o pensamiento por parte del usuario de internet.

10. Esos “contenidos”, con independencia de que estén almacenados localmente, en la nube o en el servidor de un tercero como quien el usuario mantiene una relación contractual, pueden ser bienes de naturaleza claramente patrimonial (por ej. libros, películas o música suministradas por una empresa “vendedora”¹⁸; saldos positivos en juegos *on line*; puntos otorgados en programas de fidelización de compañías de transporte u hoteleras¹⁹) o pueden ser bienes de naturaleza no patrimonial (mensajes privados de correo electrónico, opiniones, fotografías, etc.) que pueden, no obstante, tener valor sentimental²⁰. Estos últimos son los que plantean más problemas en lo que respecta a su transmisibilidad “mortis causa” como ahora se verá.

2. La exclusión de la herencia de los bienes de naturaleza no patrimonial

11. Hay que tener en cuenta que, aunque la herencia, como establece el art. 659 C.c. “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte”, los bienes que se integran en ella son, por definición, bienes de carácter patrimonial. No forman parte de la herencia los bienes de naturaleza no patrimonial ni, en general, las manifestaciones puramente personales del individuo, como los actos de ejercicio de sus derechos de la personalidad (honor, intimidad, imagen, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.) y los derechos morales que se refieren a creaciones intelectuales²¹.

12. Es dudoso, por consiguiente, que los contenidos creados por el usuario de un sistema de comunicación o una red social puedan considerarse integrados en su herencia y sean, por consiguiente, transmisibles a sus herederos, legales o testamentarios, por el mero hecho de serlo²².

¹⁸ Ha de advertirse que por lo general los contratos en virtud de los cuales se adquieren este tipo de bienes no son en realidad contratos de compraventa ni atribuyen al usuario la “propiedad” de los archivos digitales suministrados. A ello nos referimos con posterioridad.

¹⁹ Esos “puntos” son en realidad derechos de crédito que permiten al titular del programa de fidelización obtener ciertos servicios de transporte u hospedaje “gratuitamente”.

²⁰ K. SHERRY, “What Happens to Our Facebook Accounts when We Die?: Probate Versus Policy and the Fate of Social-Media Assets Postmortem”, *Pepperdine Law Review*, vol. 40:185, 2012, p. 210.

²¹ Lo que puede formar parte de la herencia son las consecuencias patrimoniales del ejercicio de esos derechos, como el derecho a recibir la remuneración pactada por la concesión de una entrevista exclusiva por parte de un actor; el derecho a que se abone la indemnización derivada de la vulneración del derecho al honor de un individuo o los derechos de explotación de una obra intelectual ya publicada por su autor. Por otra parte, el art. 4.2 LO 1/82 de Protección civil al honor, la intimidad y la imagen, legitima a ciertas personas (la designada por el testador, en su defecto a cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos y, en última instancia, el MF) para que ejerciten acciones civiles de protección de los derechos del fallecido. Pero eso no significa que el honor, la intimidad o la imagen del causante formen parte de su herencia, sino sólo que la ley confiere una legitimación especial a ciertos sujetos para que protejan esos derechos “post mortem”. Algo similar ocurre en relación con el derecho moral de autor cuya defensa tras el fallecimiento de éste se atribuye a la persona física o jurídica designada por el causante y, en su defecto, a los herederos (art. 15 TRLDPI). Sobre ello, F.J. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 659 C.c.” en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, t. IV, vol. 1-A, Madrid, Edersa, 1990, p. 21; F.A. SANCHO REBULLIDA, “Comentario al art. 659 C.c.” en *Comentario del Código civil*, t. II (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, p. 1663; T. RUBIO GARRIDO, “Comentario al art. 659 C.c.” en *Comentarios al Código civil*, dir. por Bercovitz, t. IV, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 5051, 5053; J.A. MARTÍN PÉREZ, “Comentario al art. 659 C.c.”, en *Código civil Comentado*, vol. II, 2ª ed., Navarra, Civitas-Thomson, 2015, pp. 247, 248.

²² La doctrina alemana, distingue, en este sentido, entre posiciones jurídicas de naturaleza patrimonial (*Vermögensrechtliche Positionen*) y de naturaleza no patrimonial (*nichtvermögensrechtliche*), indicando que sólo las primeras forman parte de la herencia. Aunque las “cuentas” en servicios de internet son relaciones contractuales en principio transmisibles “mortis causa” a los herederos, los contenidos almacenados en dichas “cuentas” son en muchos casos bienes inmateriales de carácter no patrimonial sino personal, que, por consiguiente, no forman parte de la herencia. El problema en la práctica es cómo diferenciar entre unos y otros a fin de facilitar, en su caso, los contenidos patrimoniales a los herederos excluyendo los no patrimoniales. En este sentido, M. BRINKERT/M. STOLZE/ J. HEIDRICH, “Der Tod und das Netzwerk, Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis”, *ZD*, 2013, pp. 154, 155; M. MARTINI “Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet”, *JZ*, 2012, p. 1152; T. HOEREN, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tod des Inhabers*, *NJW*, 2005, p. 2114

13. Hay que tener presente que esos contenidos son en realidad “datos”, esto es *información de carácter gráfico, fotográfico, auditivo... de naturaleza inmaterial*, que, toda vez que permitan la identificación de una persona, han de ser considerados además “datos de naturaleza personal”²³. La persona física a la que se refieren esos datos no ostenta sobre los mismos un derecho de propiedad. Si los datos están incorporados a un objeto físico (fotografía o carta tradicional; archivos almacenados localmente en un ordenador) la propiedad del objeto físico puede confundirse con la propiedad de los datos y, en cualquier caso, permitirá acceder a ellos²⁴.

14. Pero lo cierto es que los datos o “contenidos” no están tutelados por el derecho de propiedad sino por otros derechos, como el derecho a la intimidad, honor, imagen, o el derecho a la protección de datos de carácter personal²⁵, derechos, que otorgan a su titular, básicamente, facultades de exclusión de terceros y les permiten decidir si consienten o no el conocimiento, la comunicación, divulgación y/o reproducción de esos datos por otros sujetos²⁶. Dado que estos derechos se extinguen por la muerte del

Entre los autores franceses, A. FAVREAU, “Mort numérique. Quel sort juridique pour nos informations personnelles”, en *Revue Lamy Droit Civil*, nº 125, 1-4-2015, p. 7, señala que la naturaleza personal de la información volcada por un sujeto en la red excluye su transmisibilidad “mortis causa” a los herederos conforme a las reglas de la sucesión *ab intestato* (admite, no obstante, la posibilidad de usar el testamento con el fin de decidir el destino de estos bienes de carácter personal).

²³ El concepto de “dato personal” es bastante amplio ya que abarca “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (art. 3 LOPD), pudiendo ser tal información de carácter “numérico, alfabético, gráfico, fotográfico, acústico o de cualquier otro tipo” (art. 5,1,f, RLOPD). Los datos no tienen que ser de carácter privado o íntimo, basta que se refieran a cualquier aspecto de la persona. Así, estaremos ante datos de carácter personal siempre que la información se refiera a una persona física y *permita identificar a la persona en cuestión*, directa o indirectamente, sin necesidad de un esfuerzo desproporcionado. Por todos, J. PLAZA PENADÉS, “Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal”, en *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/82 de 4 de mayo de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 123; J.J. PIÑAR, “Comentario al art. 3 LOPD”, en *Comentario a la LO de Protección de datos de carácter personal*, Navarra, Civitas-Thomson, 2010, p. 193-195. El concepto de dato personal no ha variado sustancialmente en el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos. Vid. M. ARIAS PAU, “Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos”, en *Reglamento General de Protección de Datos*, dir. por PIÑAR MARIAS, Madrid, Reus, 2016, pp. 117 y ss

²⁴ M. BOCK, ob. cit., p. 380 observa, en este sentido, que la titularidad de los datos no se rige por las reglas del derecho de propiedad. No obstante cuando los datos se almacenan en cosas físicas, la propiedad sobre la cosa permite acceder a esos datos, M. MARTINI, ob. cit., p. 147 indica igualmente que los datos incorporados a cosas físicas siguen el destino de la cosa a la que se incorporan y se transmiten en su caso a los herederos. Pero no ocurre así con los datos almacenados en la plataforma del prestador de servicios de internet.

²⁵ Entiendo que, como regla general, los contenidos gráficos, fotográficos, etc., vertidos por los usuarios en redes sociales o en servicios de internet no reúnen los requisitos para ser considerados como “obra” protegible por el derecho de propiedad intelectual. Así, M. BOCK, p. 381. S. NAVAS NAVARRO, “Creación y ocurrencia en el contenido digital *online* generado por los usuarios de internet”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, 2015-16, nº 36, p. 409, observa, en este sentido, que “el mundo digital es campo abonado para la ocurrencia creativo-vulgar, no para la creación”, y considera excepcional que se creen “obras” con originalidad suficiente para ser objeto de protección.

No obstante, en el caso en que eventualmente lo sean (por ej. manuscrito inédito de un escritor famoso almacenado en la nube), habrá que valorar la transmisibilidad “mortis causa” del derecho de propiedad intelectual. En principio lo que se transmite a los herederos del autor son sólo los derechos de explotación, los cuales requieren que la obra ya haya sido divulgada por el autor. En caso contrario es dudoso si los herederos podrán acceder a la obra con el fin de divulgarla y explotarla económicamente. Al respecto hay que tener en cuenta que el art. 15 TRLPI legitima a los herederos para ejercitar acciones de defensa de los derechos morales del autor. En concreto, el art. 15,2 les legitima para ejercitar el derecho, previsto en el art. 14,1, a “decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma”, durante el plazo de 60 años. Lo que no está claro es si la legitimación que se otorga a los herederos se limita a la defensa del derecho moral de autor (esto es, al ejercicio negativo del mismo: derecho a impedir la divulgación por parte de terceros) o abarca también el ejercicio positivo del mismo, siendo posible, por tanto, que los herederos decidan divulgar un manuscrito inédito y, en consecuencia, ejercitar los correspondientes derechos de explotación (art. 17 TLPI). Sobre ello existen opiniones diversas. Mientras que algún autor considera que la facultad de decidir sobre la divulgación sólo corresponde al autor (J. RAMS, “Comentario a los arts. 15 y 16 LPI”, en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, t. IV, vol. 4-A, Madrid, Edersa, 1994, p. 347) otros consideran que salvo prohibición expresa del autor los legitimados ex art. 15 pueden optar por divulgar o no hacerlo (M.C. GÓMEZ LAPLAZA, “Comentario al art. 40 LPI”, en la misma obra citada, p. 658; M.P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Comares, 1998, pp. 375, 391 y ss.)

²⁶ El derecho a la intimidad suele ser definido como el derecho del individuo a crear y mantener una esfera secreta o reservada, protegida contra las intromisiones ajenas, con el consiguiente derecho de impedir (o consentir) la divulgación de hechos pertenecientes a esa esfera y controlar los datos o informaciones relativas a la persona. El derecho a la propia imagen se define como el “poder de decidir, consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio, así como

individuo, hay que concluir que también se extinguen las facultades derivadas de tales derechos, que no se transmiten a los herederos. En otros términos, los herederos no adquieren la facultad de consentir la reproducción de la imagen del difunto, o la de desvelar ciertos datos de su intimidad²⁷, del mismo modo que tampoco adquieren las facultades de control de sus datos personales derivada lo que algunos autores denominan el “derecho a la autodeterminación informativa”²⁸.

15. Ahora bien, aunque el derecho a la intimidad o la imagen, al igual que el derecho a la protección de datos personales²⁹, se extinguen con la muerte, es preciso tener en cuenta que el art. 4.2 LO 1/82 de Protección civil al honor, la intimidad y la imagen, otorga protección *post mortem* al titular de estos derechos. Dicho precepto legitima a ciertas personas (la designada por el testador, en su defecto cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, y a falta de todos ellos el Ministerio Fiscal³⁰), para ejercitar acciones civiles en defensa de los derechos al honor, la intimidad y la imagen de una persona fallecida³¹. Esto pone de manifiesto que la imagen o la intimidad del usuario de internet no se convierten

su exposición o divulgación sin el consentimiento del interesado”. Así, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, pp. 340, 341; J.L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil I, Parte general*, vol. 2, 6ª ed., rev. Por Delgado, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 92, 93

^{En} cuanto al derecho a la protección de datos personales, el TC en la S. 290/2000 de 30 de noviembre, lo define como un derecho que atribuye a las personas físicas “el poder de disposición sobre sus propios datos, sean o no íntimos, siempre que vaya a estar sometidos a tratamiento, informatizado o no”. La doctrina lo configura como un derecho a “controlar” los datos, que se sustancia en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos, su posterior almacenamiento y tratamiento así como su uso o usos posibles. Por todos, J.L. PIÑAR “Comentario al art. 3 LOPD”, en *Comentario a la LO de Protección de datos de carácter personal*, Cívitas-Thomson, 2010, p. 57

²⁷ Desde este punto de vista, el hecho de que en algún caso ciertos contenidos digitales creados o almacenados por un usuario de internet puedan tener valor económico no altera su carácter de bien de naturaleza personal. Pensemos, por ejemplo, en la fotografía de un actor famoso publicada en una red social de acceso limitado. O en ciertos detalles desconocidos de su vida privada que ha comunicado a un tercero a quien ha enviado un e-mail. La fotografía del actor podría alcanzar valor económico si se autorizara (a cambio de contraprestación) a un tercero su reproducción, lo mismo que los detalles de su vida privada tendrían valor económico si se permitiera su conocimiento y divulgación por un tercero. Pero adviértase que ello sólo es posible si se entiende que las facultades derivadas del derecho a la imagen o el derecho a la intimidad del difunto se transmiten a sus herederos. Lo que otorga valor económico a la imagen o a la vida privada del difunto es la posibilidad de consentir la intromisión de un tercero. Pero si el derecho a la intimidad y a la imagen se extinguen con la muerte parece claro que las mencionadas facultades no son adquiridas por los posibles herederos (me refiero al supuesto en que no ha existido previa comercialización de sus atributos personales por parte del titular de los derechos de la personalidad). A ello podría objetarse que, dado que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de la persona, cualquiera es libre de usar la imagen del difunto o desvelar datos de su intimidad. Pero ha de tenerse en cuenta que, como se indica en el texto, el art. 4.2 LO 1/82 otorga también protección “post mortem” a los derechos de la personalidad, y ello implica que la imagen o la intimidad de una persona fallecida no puede ser utilizada libremente por “terceros”, lo que incluye a sus herederos, que no adquieren los derechos de la personalidad del difunto.

²⁸ L. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, 2007, p. 122, 129, 174, reconduce el derecho a la protección de datos al derecho a la “autodeterminación informativa”. Y lo define como aquél que pretende preservar la identidad de la persona *controlando la revelación y el uso de los datos* que le conciernen y protegiéndola frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos propia de la informática con los peligros que esto supone (el subrayado es mío).

²⁹ La LOPD no protege a las personas fallecidas por lo que el uso de datos de éstas deberá ser, en su caso, protegido por otras vías (por ej. la protección post mortem de su derecho a la intimidad, art. 4 LO 1/82). El art. 2,4 RLOPD dispone expresamente que el mismo no será aplicable a los datos de personas fallecidas, si bien permite que personas vinculadas al fallecido puedan dirigirse a los responsables de los ficheros y solicitar la cancelación de los datos. El Informe Jurídico 61/2008 de la AEPD considera que este precepto pretende conciliar el carácter personalísimo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, con la posibilidad de que el responsable conozca el óbito y pueda cancelar los datos ya que lo contrario podría dar lugar a un supuesto de inexactitud. Sobre ello J.L. PIÑAR, ob. cit., p. 191; J. APARICIO SALOM, *Estudio sobre protección de datos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 4ª ed., 2013, pp. 112, 113.

^{El} nuevo Reglamento europeo de protección de datos (Reglamento 2016/679), aclara en sus Considerandos 27 y 158 que dicho Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas, pero remite su posible protección a la legislación interna. Ello explica que el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, tras excluir su aplicación a los datos de personas fallecidas (art. 2,2,d) regule en su art. 3 las posibles facultades de los herederos respecto del causante (sobre ello vid infra epígrafe VII).

³⁰ Este último dentro del plazo de 80 años desde el fallecimiento del afectado.

³¹ Vid. M.E. COBAS COBIELLA “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema”, en *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/82 de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, coord. por De VERDA y BEAMONDE, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 309 y ss. La protección post mortem de los derechos de la personalidad del difunto debe diferenciarse de la protección que pueden merecer

en “bienes” de acceso libre por el hecho de su muerte³². Y el hecho de que la ley encomiende a ciertos sujetos (los parientes) la misión de defender la personalidad pretérita del difunto no significa, como es lógico, que esas personas (que pueden o no ser sus herederos) tengan vía libre para cometer intromisiones en los derechos de la personalidad del fallecido y, por ejemplo acceder y disponer de información privada o imágenes relativas al difunto.

16. Así las cosas ¿tienen derecho entonces los herederos del causante a acceder y disponer de los contenidos digitales creados por un usuario y referidos a su persona? Cuando esos datos están almacenados localmente en aparatos tangibles (ordenador, tableta, pen drive...) pertenecientes al difunto, parece claro que la transmisión de la propiedad del aparato en cuestión a los herederos puede permitirles acceder a los mismos, a menos que estén protegidos por una clave inaccesible³³, del mismo modo que el heredero puede leer una carta perteneciente al difunto. Pero ello es así porque el heredero ha adquirido la propiedad del objeto material que da acceso a los datos o al contenido en cuestión. No porque adquiera la propiedad de dicho contenido.

17. La solución es, sin embargo, dudosa cuando esos contenidos están alojados en una “cuenta” (en realidad en la nube o un servidor ajeno) proporcionada por un tercero con quien el causante mantenía una relación contractual³⁴.

18. En primer lugar, como ya se ha indicado, cabe pensar que esos bienes digitales, por su naturaleza extrapatrimonial, no forman parte de la herencia. El usuario no ostentaba sobre los datos o contenidos volcados en la red un derecho de propiedad, sino otros derechos de carácter puramente personal que se extinguen a su muerte. Y en segundo lugar, aunque aquellos datos referidos a una persona fallecida que pudieran calificarse como “datos personales” no están protegidos por la Ley de Protección de Datos³⁵, lo cierto es que un acceso indiscriminado de los herederos a los datos, informaciones o contenidos digitales de carácter privado³⁶ alojados en las cuentas del difunto en redes sociales, servicios de

(a título propio) los parientes de éste como consecuencia de la divulgación de hechos relativos al difunto que les afecten personalmente. Al respecto debe tenerse en cuenta que la CE protege el derecho a la intimidad personal y también “familiar”, con lo que viene a reconocer que aspectos de la vida de personas con las que un sujeto guarda especial vinculación pueden incidir en la propia esfera de la personalidad del individuo (STC 23/88 de 2 de diciembre).

³² Por supuesto, tampoco significa que el honor, la intimidad o la imagen del causante formen parte de su herencia, sino sólo que la ley confiere una legitimación especial a ciertos sujetos para que protejan lo que la doctrina denomina su “personalidad pretérita” o la “memoria defunti”. Sobre ello, J.L.SANCHO REBULLIDA ob. cit., p. 1663; T. RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 5051; J.A. MARTÍN PÉREZ, ob. cit., pp. 247, 248

³³ N.R. BAYER and G.W.CAHN, ob. cit., p. 41 ponen como ejemplo el caso de Leonar Berstein que, tras su muerte, dejó un manuscrito archivado electrónicamente pero tan bien protegido, que nadie ha podido dar con la password que permita acceder al mismo.

³⁴ La doctrina norteamericana distingue ambos supuestos porque los problemas relativos a la transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales se plantean por lo general sólo en el supuesto en que éstos están almacenados en servidores de terceros con los que el difunto mantenía una relación contractual. Vid. K. SHERRY, p. 194; M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 187. Por otra parte, hay que advertir que, cuestión distinta a la relativa a la transmisibilidad “mortis causa” de los contenidos de naturaleza personal, es la posible sucesión del heredero en la posición contractual del causante. Las “cuentas” son en realidad relaciones obligacionales en virtud de las cuales un proveedor de servicios de internet presta ciertos servicios al usuario. La posición contractual del difunto (en lo que respecta a la utilización de ese servicio) podría ser, en principio, transmitida a los herederos siempre que no se haya excluido contractualmente su transmisibilidad o no se trate de una relación jurídica de carácter “intuitu personae”. (Sobre esto último T.RUBIO GARRIDO, ob. cit., pp. 5054, 5054; J.A. MARTÍN PÉREZ, ob. cit., p. 246). El problema es que en la práctica se suele excluir en el contrato dicha transmisibilidad (vid. *infra* apartado 3)

³⁵ Ver nota 29. En el Derecho alemán la Ley de Protección de datos vigente (*Bundesdatenschutzgesetz* o BDSG) no se pronuncia expresamente sobre la subsistencia o no del derecho a la protección de datos personales con posterioridad a la muerte del individuo, pero la doctrina entiende que dicha ley sólo es aplicable a datos de personas vivas (M. BRINKERT/M. STOLZE/J. HEIDRICH, ob. cit., p. 155; P.E. UHRENBACHER, *Digitales Testament und Digitaler Nachlass*, Frankfurt, 2017, ob. cit. p. 192; M. BOCK, ob. cit., p. 399). En Francia, como luego se verá (vid. *infra* epígrafe IV), La Ley para una República Digital, presupone que el derecho a la protección de datos personales se extingue con la muerte de la persona.

³⁶ Advértase que el hecho de que un usuario de una red social tenga un gran número de “amigos” o “seguidores” no elimina el carácter privado de la información que publica en la red siempre que siga manteniendo el control de las personas que tienen acceso a esa información.

mensajería, etc., puede vulnerar sus derechos de la personalidad, y en particular su derecho a la intimidad, que, como se ha dicho, goza de protección *post mortem*³⁷.

19. Cabría preguntarse asimismo si, además de la protección *post mortem* de la intimidad del usuario de servicios de internet, ha de tenerse en cuenta el derecho al secreto de las comunicaciones³⁸. ¿Están cubiertas las comunicaciones electrónicas de una persona fallecida por este derecho? Así lo ha entendido recientemente el Tribunal de apelación de Berlín en relación con el litigio planteado contra Facebook por la madre de una menor fallecida³⁹. Y así lo ha mantenido la doctrina a la vista de la regulación establecida en la *Telekommunikationsgesetz* (TKG) que impone a los prestadores de servicios de telecomunicaciones una obligación de secreto, que subsiste tras la finalización del proceso de comunicación, y en cuya virtud queda prohibida toda información sobre el contenido y las circunstancias de las comunicaciones del usuario⁴⁰. La mencionada sentencia del *Kammergericht* de Berlín de 31 de mayo de 2017 considera que el secreto de las comunicaciones (que previamente el TC –*Bundesverfassungsgerichts*–, en S. de 16-6-2009 había aplicado a los e-mails almacenados en el servidor de un prestador) es extensible a los contenidos alojados en Facebook. Y, aunque la demandante adujo que la usuaria fallecida, en la medida que le había suministrado la password de su cuenta, había renunciado a dicho derecho, para el Tribunal debe protegerse igualmente el derecho al secreto de las comunicaciones de todas las personas que se habían relacionado electrónicamente con la causante.

³⁷ Así lo ha planteado también la doctrina alemana en relación a la protección *post mortem* del derecho general de la personalidad (“postmortalen Persönlichkeitschutz), no regulada expresamente pero reconocida como una consecuencia del principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 1,1 de la Constitución alemana. Se argumenta que el acceso indiscriminado de los herederos a los contenidos de las cuentas digitales del difunto conllevaría la vulneración de tal derecho porque la información existente en cuentas de correo y redes sociales del difunto es por lo general de carácter privado y revela la esfera íntima de éste. Además las relaciones del usuario con el prestador del servicio se basan en el presupuesto de que el contenido volcado por el primero se mantendrá oculto y no cabe entender que, como regla, el causante quiere compartir su “identidad digital” con otras personas, sino a la inversa (así M. BRINKERT/M. STOLZE/J. HEIDRICH, ob. cit., pp. 155; M. MARTINI, ob. cit., pp. 1150-1152). Frente a ello, también hay quien, pese a considerar tal posibilidad concluye, a mi juicio con argumentos poco convincentes, que no existe tal vulneración. M. BOCK, ob. cit., p. 390-395 viene a decir que la protección *post mortem* de la personalidad del difunto podría provocar una imposibilidad fáctica de transmitir incluso contenidos con valor económico, que el causante podría tener interés en trasladar a sus herederos. Por ello opina que, si el causante no ha dispuesto lo contrario, debe presumirse que su voluntad es la plena transmisibilidad. En otros términos, el hecho de que el difunto no haya prohibido el acceso a sus datos indica que renunció a la protección *post mortem* de su personalidad.

³⁸ En este sentido, en el Derecho francés, A. FAVREAU, ob. cit., pp. 5,6

³⁹ La hija murió en un accidente en el metro de Berlín en circunstancias que hacían dudar si se trataba de un suicidio. Con objeto de obtener información y comprobar si la hija había sufrido algún tipo de acoso la madre quiso acceder a su cuenta en Facebook, lo que esta empresa le impidió. En primera instancia el *Landesgericht* de Berlín (S. 7-12-2015) obligó a Facebook a proporcionar ese acceso. Sin embargo el Tribunal de apelación revocó tal decisión. En esta resolución el *Kammergericht* no se pronuncia sobre la cuestión de si las cuentas y los contenidos almacenados en cuentas virtuales forman parte de la herencia y son transmisibles a los herederos (la doctrina lo discute y suele distinguir, como antes se indicó, entre posiciones no patrimoniales y patrimoniales). El argumento fundamental es la necesidad de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones. Comentan esta sentencia G. OERTEL, “Mutter darf Facebook-Cat ihrer toten Tochter nicht lesen”, en *Legal Tribune Online*, 31-5-2017; C. SOLMECKE, “KG Berlin zum digitalen Nachlass- Elternkeinen Zugriff auf Facebook-Account ihrer verstorbenen Tochter”, 31-5-2017, disponible en <https://www.wbs-law.de/internetrecht/kg-berlin-zum-digitalen-erbe-eltern-haben-keinen-zugriff-auf-facebook-account-ihrer-verstorbenen-tochter-65533/>

⁴⁰ El texto de la sentencia puede consultarse en: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=31.05.2017&Aktenzeichen=21%20U%209%2F16>

⁴⁰ El derecho al secreto de las comunicaciones está protegido por el art. 10.1 de la Constitución alemana y desarrollado, en relación con la transmisión de información incorporal con ayuda de las telecomunicaciones, en la TKG. El secreto de las comunicaciones abarca tanto el contenido como las circunstancias de la transmisión, protegiendo tanto al emisor como al receptor (M. BOCK, ob. cit., p. 405). Por lo que respecta a la TKG, cuya versión actual data de 2004, dicha ley se aplica a la emisión, transmisión y recepción de señales a través de instalaciones de telecomunicaciones, las cuales son definidas como “equipos o sistemas técnicos que pueden enviar, transmitir, recibir, almacenar o controlar *señales identificables electromagnéticas u ópticas*” (§ 3.22 y 3.23). Esta ley obliga a los prestadores de servicios privados a proteger a los usuarios de lesiones de terceros en su derecho al secreto de las comunicaciones (§ 88). Se entiende que esta protección subsiste tras la muerte del cliente y que el prestador del servicio sólo puede utilizar la información relativa a éste para el propio suministro del servicio. Se dice que en virtud de esta ley, no cabe que el prestador del servicio transmita los datos de las comunicaciones del usuario a ningún tercero, lo que incluye a los herederos del cliente fallecido. Vid. P. UHRENBACHER, ob. cit., pp. 168, 172, 173, 176, 187, 193

20. En el Derecho español el derecho al secreto de las comunicaciones está reconocido en el art. 18,3 CE. Se entiende que tal derecho protege la comunicación en sí misma, con independencia de que su contenido revista o no carácter íntimo, y se protege tanto el contenido como las circunstancias o datos externos de la comunicación (v. gr. identidad de los interlocutores)⁴¹. Es necesario que la comunicación se lleve a cabo a través de un medio técnico de carácter cerrado, que ofrezca alguna garantía de secreto, es decir, que no coloque la comunicación al alcance de cualquiera⁴². La mencionada obligación de secreto se considera exigible a los proveedores de servicio de correo electrónico⁴³ y debe considerarse extensible a los proveedores de servicios de redes sociales, al menos siempre que la comunicación entre los usuarios esté abierta sólo a partícipes concretos y delimitados⁴⁴.

21. Así las cosas, cabe pensar que también en el Derecho español la reclamación de un eventual heredero dirigida a conocer los contenidos almacenadas en servicios de mensajería o redes sociales pertenecientes al difunto puede encontrar un serio obstáculo legal en el derecho al secreto de las comunicaciones. Aunque pudiera pensarse que este derecho se extingue, como otros derechos de la personalidad, con la muerte de la persona, hay que tener en cuenta que la comunicación es bilateral por lo que seguiría sujeta a protección toda vez que los destinatarios de la misma no hayan fallecido. Ha de recordarse, por otra parte, que el mencionado derecho protege no sólo los contenidos sino también los datos externos de la comunicación misma lo que implica que, por virtud del mismo, quedaría vedado a los herederos no sólo el acceso a los contenidos de las comunicaciones del difunto sino, asimismo, el mero conocimiento de los sujetos con quienes éste se relacionó por vía electrónica.

3. La intransmisibilidad derivada de acuerdos contractuales

22. Otra cuestión a tener en cuenta es la posible intransmisibilidad establecida en el contrato celebrado por el usuario y el prestador de servicios de internet. Los bienes digitales que tienen naturaleza patrimonial y valor económico en sí mismos considerados forman parte, en principio, de la herencia (v. gr. bitcoins, nombres de dominio, puntos en programas de fidelización de empresas de transporte u hoteleras, etc). Pero puede ocurrir que el causante, aparente titular de ese bien, no ostente sobre el mismo un derecho de propiedad sino un derecho de carácter meramente obligacional (una licencia de uso). Así suele ocurrir en los casos, por ejemplo, de música, vídeos y libros de carácter digital. Lo que adquiere el usuario en realidad no es la propiedad del archivo o contenido digital, sino un derecho a usarlo de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato (normalmente un contrato de adhesión) celebrado con el suministrador de ese contenido digital (v.gr. Amazon, Kindle, iTunes, etc.). Que el derecho del

⁴¹ A. ELVIRA PERALES, “¿Qué hay de nuevo en torno al derecho al secreto de las comunicaciones?”, en *La Constitución política de España, Estudios en Homenaje a M. Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, Madrid, pp. 602, 606; M.ROCA JUNYENT/ E. TORRALBA MENDIOLA. “Derecho a la intimidad: El secreto de las comunicaciones e internet”, en *Régimen jurídico de internet*, dir. por CREMADES, La Ley, Valladolid, 2002, p. 187

⁴² A. ELVIRA PERALES, ob. cit., p. 602; M.ROCA JUNYENT/ E. TORRALBA MENDIOLA, ob. cit., p. 185, 186

⁴³ M.ROCA JUNYENT/ E. TORRALBA MENDIOLA, ob. cit., p. 193

⁴⁴ A. ELVIRA PERALES, ob. cit., p. 606

Hay que advertir que el art. 39,1 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, de modo similar a las anteriores, dispone que “los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias”. Este precepto no es aplicable, sin embargo, de acuerdo con lo que se desprende del art. 1,2 de la LGTel, a los servicios que distribuyen, almacenan, difunden o emiten datos y contenidos mediante comunicaciones electrónicas, ya que este último artículo excluye del ámbito de aplicación de la ley a “los servicios de la Sociedad de la Información”, que están regulados, como se sabe, por la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información (sobre el ámbito de aplicación de la LGTel y la exclusión de los mencionados servicios vid. MALARET GARCÍA, “Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de telecomunicaciones: los servicios de la sociedad de la información y los servicios de comunicación audiovisual”, en *Derecho de las telecomunicaciones*, dir. por DE LA QUADRA SALCEDO, 2015, Cívitas-Thomson, Navarra, pp. 108-114; 118 y ss.). Esto implica que los prestadores de servicios de redes sociales no se ven afectados por el mencionado art. 39,1 LGTel. Pero esto no significa que no estén sujetos a la obligación, derivada del art. 18,1 de la Constitución, de preservar el secreto de las comunicaciones, lo cual, viene por otra parte establecido en la DA 19ª de la LSSI, que, al referirse a los incidentes de ciberseguridad, dispone que los prestadores de servicios de la sociedad de información han de respetar el secreto de las comunicaciones

causante sea de carácter obligatorio y consista en una licencia de uso no es obstáculo, en principio, para que sea transmisible “mortis causa”. Pero el problema viene dado porque frecuentemente los “términos de uso”, esto es, las condiciones generales establecidas por el suministrador del contenido digital (al que se accede a través de una cuenta que el consumidor debe abrir⁴⁵) determinan la intransmisibilidad del derecho adquirido por el usuario o su extinción con la muerte del mismo⁴⁶.

23. Entre los autores americanos hay quien sostiene que las condiciones generales que determinan la temporalidad y no transmisibilidad de los bienes digitales deberían ser consideradas nulas por razón de orden público al vulnerar los principios fundamentales del Derecho sucesorio⁴⁷. En mi opinión, sin embargo, desde la perspectiva del Derecho español⁴⁸ y presuponiendo que se cumplen los requisitos de incorporación de las condiciones generales, no hay obstáculo para considerar válida una cláusula que establezca el carácter temporal de un derecho de crédito a menos que pueda considerarse abusiva a la vista del conjunto de derechos y obligaciones de las partes⁴⁹.

24. Lo dicho implica que, aun tratándose de bienes digitales de carácter patrimonial, el heredero sólo podrá adquirir su titularidad cuando el causante tuviese sobre tales bienes la propiedad o un derecho de crédito de carácter indefinido, no limitado temporalmente de acuerdo con los términos del contrato celebrado con el proveedor del bien o servicio digital.

25. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, cuando se trata de datos volcados o almacenados por los usuarios en “cuentas” de mensajería o redes sociales (datos respecto de los cuales ya se ha indicado que el usuario no ostenta un derecho de propiedad y además deben considerarse protegidos por su derecho a la intimidad), la relación jurídica del usuario titular de una cuenta con el proveedor de ese servicio de internet está regulada también por las condiciones generales (los “términos de uso y/o servicio” –ToS, de acuerdo con sus siglas en inglés–) establecidas por dichas empresas. Y la mayoría de ellas prevén, bien la extinción de la cuenta y los derechos derivados de la misma a la muerte del usuario⁵⁰,

⁴⁵ Como indica C. WONG, ob. cit., p. 717, cuando un consumidor “compra” un libro digital o una canción, debe en primer lugar crear una cuenta con el vendedor *on line* y aceptar los términos o condiciones a los que se sujeta la “compra”.

⁴⁶ C. WONG, ob. cit., pp. 717 y ss., 732-733, analiza los “términos de uso” empleados por diversas empresas que venden música y libros digitales (Apple, Amazon, iTunes, Google, Barnes and Noble) y concluye que, salvo en el caso de Apple, que permite al usuario dar acceso a su cuenta a otras personas, el resto de las compañías otorgan licencias de uso de carácter intransferible. Esto implica, según WONG, ob. cit., p. 729, que los herederos podrán tener acceso a esos contenidos sólo cuando el causante grabó una copia en el iPod o Kindle de su pertenencia.

⁴⁷ Así N.M. BANTA, “Inherit the Cloud: The Role of Private Contrats in Distributing or Deleting Digital Assets at Death”, *Fordham Law Review*, 799 (2014), vol. 83, p. 802-803; 823, 828- 829.

⁴⁸ Ha de advertirse que las condiciones generales de los proveedores de servicios de internet contienen habitualmente una cláusula de elección de la ley aplicable, por lo general la de California, así como de selección de foro (M. SLAUGHTER, p. 190). No obstante, de acuerdo con el art. 6,2 del Reglamento UE 593/2009 –Roma I–, la elección de ley incluida en contratos con consumidores no impide la aplicación de las normas imperativas de protección que resultarían aplicables de no existir tal cláusula (esto es, las correspondientes al país de residencia del consumidor, según el art. 6,1). Esto implica que como regla será aplicable el control de contenido y el control de incorporación previsto en el TRLC.

⁴⁹ Téngase en cuenta que el art. 659 C.c. presupone que hay derechos que no son transmisibles “mortis causa” (y no lo son, por ej., el usufructo, la habitación o el derecho de alimentos convencional o legal). Y además los arts. 1112 y 1257 C.c. permiten excluir mediante pacto la transmisibilidad de los derechos de crédito. Así, por ejemplo, no veo problema en el caso que menciona N.M. BANTA, ob. cit., p. 828, relativo a los puntos (“miles”) obtenidos en programas de fidelización de compañías aéreas, que en muchos casos no son transmisibles por muerte del titular. En mi opinión los “puntos” no son sino la expresión de derechos de crédito que permiten al titular obtener de la compañía aérea un servicio –un viaje– de carácter gratuito. Tales derechos pueden ser de carácter vitalicio si así se pacta. La interrogante puede surgir, en todo caso, cuando se trata de contratos de adhesión celebrados con consumidores en cuyo caso, de acuerdo con lo indicado en la nota anterior, sería aplicable el control de contenido de las condiciones generales previsto en el TRLC. Aunque el análisis de esta cuestión excede del objeto de este trabajo no veo en principio razones para considerar abusiva una condición general que limite la transmisión “mortis causa” de los beneficios derivados de un programa de fidelización, del mismo modo que puede establecerse un periodo temporal para el ejercicio de esos derechos.

⁵⁰ Es el caso de Yahoo, cuyos términos de uso han venido estableciendo que el usuario consiente que cualquier derecho en la cuenta Yahoo o sus contenidos termina con la muerte (M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 189, nota 65; SY, E., ob. cit., p. 655). Flickr sigue la misma política que Yahoo, de manera que los derechos del usuario se extinguen a su muerte (K. SHERRY, p. 229)

bien su intransmisibilidad⁵¹. Esto supone que, salvo que la cláusula de extinción o intransmisibilidad de la cuenta pueda considerarse no incorporada o abusiva conforme a la ley española⁵², tal cláusula podrá ser invocada por el prestador de servicios digitales para impedir la utilización de la cuenta por los posibles herederos, así como el acceso a la misma y a los contenidos en ella almacenados.

4. Recapitulación: Insuficiencia de las reglas generales en materia hereditaria

26. Lo expuesto creo que pone de manifiesto los numerosos problemas que suscita la transmisibilidad de los bienes digitales a los herederos del causante y, en particular, que las reglas generales del Derecho sucesorio, aisladamente consideradas, no permiten determinar el destino de aquellos contenidos digitales de carácter privado, alojados en cuentas de mensajería, redes sociales, etc. que un prestador de servicios digitales pone a disposición del usuario con el que mantiene una relación contractual. Ni garantizan el acceso generalizado a las comunicaciones digitales del causante. De hecho, el mencionado derecho al secreto de las comunicaciones puede también dificultar a los herederos el conocimiento de la existencia de bienes digitales de naturaleza patrimonial que, en principio, sí quedan comprendidos en la herencia⁵³.

27. ¿Qué sucede, en la práctica, cuando los familiares o herederos del difunto quieren acceder al contenido de sus cuentas de correo personal o a las mantenidas en redes sociales? ¿Se les permite acceder y consultar su correo electrónico? ¿Tendrían derecho a que se le entregaran fotos, vídeos y en general copia de los contenidos almacenados en dichas cuentas? La respuesta de las empresas de internet suele ser negativa. En EEUU son diversos los casos en que los familiares se han visto obligados a acudir a los tribunales para obtener acceso a las cuentas y contenidos que solicitaban y no siempre lo han conseguido⁵⁴. Por otra parte, como ya se ha señalado, el Tribunal de apelación de Berlín ha fallado

⁵¹ Facebook sólo ha venido permitiendo la conversión de la cuenta en conmemorativa o su eliminación cuando se le comunica la muerte de un usuario. En sus ToS se establece la imposibilidad de ceder la password, permitir el acceso de otra persona a su cuenta, o hacer algo que pueda perjudicar la seguridad de la cuenta (M. SLAUGHTER, ob. cit., 191; E. SY, ob. cit., p. 656; J.J. LEE, “Death and live feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Assets”, *Columbia Business Law Review*, 654, 2015, p. 653) Twitter desactiva la cuenta si recibe cierta documentación justificando la muerte pero, de acuerdo con su política, no proporciona acceso a la cuenta a nadie con independencia de su relación con el difunto (J.J. LEE, ob. cit., p. 671). LinkedIn y YouTube, no contienen previsiones expresas para la muerte del usuario pero contienen cláusulas de no transmisibilidad de la cuenta (K. SHERRY, ob. cit., p. 229)

⁵² Aunque no es este lugar para profundizar en la cuestión, no parece que la mera intransmisibilidad de la cuenta suscrita por un usuario en un servicio de mensajería o una red social determine una situación de desequilibrio entre las partes que permita calificar la cláusula como abusiva. La ley española no es contraria a la intransmisibilidad de los derechos de crédito, y, aunque para el prestador del servicio no sea relevante la identidad del usuario (no se trata de una relación obligatoria “intuitu personae”), la extinción o intransmisibilidad de la relación jurídica es, hasta cierto punto, coherente con la finalidad perseguida por los servicios de mensajería y redes sociales, que están ligados, especialmente estos últimos al perfil personal de un individuo (corresponda o no totalmente ese perfil con la realidad). En cualquier caso, esta es una cuestión que habría que analizar atendiendo a las circunstancias concurrentes y que excede del objeto de este trabajo.

⁵³ ¿Cómo puede saber, por ejemplo, el heredero que el causante tenía un saldo positivo en paypal o en un juego *on line* sin tener acceso a su correo electrónico? ¿Cómo puede saber que era titular de una cuenta bancaria *on line* si no conserva el contrato en papel?

⁵⁴ En *Ajemian v. Yahoo*, los hermanos del difunto (que eran también los administradores de su herencia) intentaron tener acceso a su cuenta de e-mail para notificar a sus amigos y familia la defunción, pero Yahoo se negó. Tras ciertas negociaciones les entregó un listado con la información de cabecera de los correos. Los hermanos litigaron para obtener acceso al contenido de los e-mails pero por diversos problemas procesales (de determinación de foro básicamente) el tribunal no llegó a entrar en el fondo del asunto. En *In re Ellsworth*, el padre de un soldado que murió en Irak solicitó a Yahoo, en 2005, que les entregara el contenido de la cuenta de correo de su hijo. Yahoo, con base en la política de la compañía rehusó y los padres acudieron a los tribunales de Michigan que ordenaron entregar dicho contenido (en un CD) a los demandantes. En el caso de *Karen Williams vs. Facebook*, la demandante intentaba tener acceso a la cuenta de su hijo de 22 años muerto repentinamente para saber más sobre él. Aunque encontró la password del hijo y escribió a Facebook solicitando que mantuvieran dicha cuenta al cabo de dos horas le fue denegado el acceso. Sólo después de demandar a Facebook consiguió que se le permitiera acceder a la cuenta de su hijo durante 10 meses. En cambio en el caso *In re Facebook*, en que la familia de una mujer –muerta en 2008 tras caer de la duodécima planta de su edificio en Manchester– intentó obtener información de su cuenta en Facebook para conocer su estado mental, mantuvo el derecho de Facebook a negarse a suministrar tal información. Vid. E. SY, pp. 656, 658-660; N.M. BANTA, ob. cit., pp. 832, 833; V. BLACKLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: What UFADAA know”, en *Probate and Property Magazine*, Vol. 29, nº 4, (https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2015/july_august_2015/2015_aba_rpte_pp_v29_3_article_blackly_uniform

recientemente en contra de la madre de una menor usuaria de Facebook que quería acceder a los contenidos de su cuenta.

28. Las razones que esgrimen las empresas implicadas para negarse a las peticiones de familiares y herederos son básicamente dos. En primer lugar la ya mencionada intransmisibilidad de los derechos del usuario que suele establecerse en las condiciones generales impuestas por dichas empresas. En segundo lugar la necesidad de proteger la privacidad de los usuarios⁵⁵. Por irónico que pueda parecer este argumento si se tiene en cuenta que muchas de estas compañías se lucran comerciando con los datos de sus usuarios⁵⁶, lo cierto es que existen razones de peso para proteger la intimidad de los titulares de bienes digitales incluso tras su fallecimiento.

29. Además de que, como ya se ha mencionado, suele haber normas que garantizan el derecho al secreto de las comunicaciones –en EEUU hay leyes federales que impiden a los proveedores de servicio de internet desvelar los datos de usuarios de comunicaciones electrónicas (vid. *infra*, epígrafe III)–, no puede pensarse que a los usuarios de internet les es indiferente que sus herederos o familiares conozcan todo tipo de informaciones íntimas relativas a su persona⁵⁷. Adviértase que, aunque en ocasiones se pretende establecer un paralelismo entre la correspondencia tradicional y las comunicaciones digitales, la información personal que se puede conocer en el segundo caso excede con mucho el volumen y amplitud de la resultante de la correspondencia ordinaria y permite conocer información sobre aspectos de la vida diaria de un sujeto con una exhaustividad inviable en el mundo físico⁵⁸.

30. Tampoco cabe asumir que ningún usuario tiene nada que esconder⁵⁹. En principio el usuario confía en que sólo él y el proveedor de servicios de internet pueden tener acceso a sus datos digitales y, posiblemente, si los usuarios contaran con la posibilidad de que la información que vuelcan en la red va a ser transmitida a otras personas a su muerte no tendría lugar el mismo flujo de información⁶⁰. De hecho, una encuesta llevada a cabo en Estados Unidos en 2015 revela que más del 70 % de los americanos quieren mantener la privacidad de sus comunicaciones *on line* tras su muerte⁶¹.

31. Esto implica, en mi opinión, y centrándonos en el Derecho español que, con independencia de lo indicado sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, también ha de tenerse en cuenta la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del causante en lo que respecta al contenido de sus comunicaciones. Desde este punto de vista, creo que el prestador de servicios de internet podría invocar la protección post mortem de la privacidad del usuario fallecido para negar el acceso de los herederos a las cuentas de éste o negarse a desvelar el contenido almacenado en dichas cuentas⁶²

[fiduciary_access_to_digital_assets_act.htm](#)) p. 10 y ss. de la versión impresa. También es conocido el caso de los padres de *Eric Rash*, un chico de 15 años que se suicidó en 2011, y que, según se dice, impulsó la legislación al respecto adoptada en el Estado de Virginia. Los padres intentaron acceder a su cuenta de Facebook a fin de encontrar alguna explicación pero ante la negativa de la compañía comenzaron a luchar por un cambio normativo que finalmente tuvo lugar. Vid. T. SEARS, *Family, Lawmakers Push for Facebook Changes Following Son's Suicide* (<http://wtvr.com/2013/01/08/legislation-introduced-for-access-to-deceased-persons-digital-property/>); V. BLACKLY, ob. cit., p. 10; M. OBHENSRAIN/J LEFTWICH, “Protecting the Digital Afterlife: Virginia’s Privacy Expectations Afterlife and Choices Act”, *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, 2015, vol. XIX:I, pp. 40, 41.

⁵⁵ Vid. N. M. BANTA, ob. cit., p. 837

⁵⁶ M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 203; C. PÉRÈS, “Les données à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République numérique”, *Recueil Dalloz*, 2016, enero, nº 2, p. 92, nota 20

⁵⁷ De hecho lo normal es que creen cuentas bajo el presupuesto de que permanecerán siendo privadas y confidenciales también tras su muerte. T.G. TARNEY, “A Call for Legislation to Permit the Transfer of Digital Assets at Death”, *Capital University Law Review*, 2012, p. 794

⁵⁸ En este sentido J.J. LEE, ob. cit., pp. 650, 681

⁵⁹ M. SHERRY, ob. cit., pp. 235, 236. Piénsese, por ejemplo, como observa E. SY, ob. cit., pp. 652, 653, en el supuesto en que un cónyuge tiene un amante con quien ha venido conversando y contactando a través de la red (correo electrónico, whatsapp, etc.). O el supuesto de una persona procedente de familia musulmana con profundas convicciones religiosas y que manifiesta ser atea en una cuenta privada en una red social

⁶⁰ M. MARTINI, ob. cit., p., 1150

⁶¹ E. SY, ob. cit., p. 653

⁶² Cabe pensar, no obstante, que en ciertos casos pueden existir razones que justifiquen la posible intromisión en el derecho

32. Lo dicho no impide, sin embargo, que el usuario de servicios de internet pueda manifestar su voluntad de transmitir sus datos y contenidos digitales a otra persona, pero, a falta de tal indicación, no creo que pueda presuponerse que esa es su voluntad⁶³.

33. En el Derecho español no habría problema, en principio, para utilizar el testamento con el fin de expresar la mencionada voluntad dado que este negocio jurídico no tiene que contener necesariamente disposiciones de carácter patrimonial. Se admite incluso la posibilidad de que se otorgue un testamento sin contenido patrimonial (cfr. Art. 741)⁶⁴, por lo que no hay obstáculo para que en tal negocio “mortis causa”, además de realizarse la distribución del patrimonio del causante, se regule el destino de bienes, en este caso “digitales”, que carecen de contenido patrimonial (y ello con independencia de que pueda considerarse necesario incluir en otro documento una lista actualizada de cuentas y claves de acceso).

34. Pero la posible utilización del testamento como medio para ordenar el destino de los bienes digitales que no se transmiten a los herederos por el mero hecho de serlo no resuelve todos los posibles problemas. Aunque no tendría sentido que en tal hipótesis los proveedores de servicios de internet se escudaran en la necesidad de preservar la intimidad del difunto para negarse a facilitar el acceso a esos bienes a la persona designada por el testador, sí podrían invocar el carácter intransmisible de la relación contractual mantenida con el causante y los derechos derivados de ella. Y, asimismo, el ya señalado derecho al secreto de las comunicaciones y la obligación de garantizarlo extensible a los prestadores de servicios digitales.

35. Todo ello pone de manifiesto, desde mi punto de vista, la conveniencia de contar con normas específicas que regulen la cuestión y eviten la necesidad de acudir a un procedimiento judicial en caso de discrepancia entre los eventuales herederos y las grandes empresas de internet. Especialmente si se tiene en cuenta que, aunque los bienes digitales de naturaleza patrimonial se transmiten como regla a los herederos (por ej. bitcoins, saldo positivo en juego *on line*) también puede resultar difícil para éstos –y eventualmente el albacea– tener conocimiento de su existencia si no tienen acceso a las comunicaciones electrónicas del difunto⁶⁵.

36. Veamos a continuación cuáles son las soluciones propuestas en otros ordenamientos para regular la situación en que quedan los bienes digitales a la muerte del usuario.

III. La situación en Estados Unidos: Leyes federales que protegen la privacidad del usuario de comunicaciones electrónicas y propuesta de solución: La Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA)

37. En EEUU la doctrina ha venido poniendo de manifiesto los problemas que encuentran los familiares de un difunto cuando, por motivos sentimentales o personales, quieren tener acceso al contenido de sus cuentas en redes sociales o servicios de mensajería. Pero también ha puesto de relieve las dificultades

a la intimidad del difunto. Por ej. menor fallecido en circunstancias que permiten dudar si se trata de un suicidio, en cuyo es posible que el acceso a sus redes sociales pueda ofrecer acerca de la existencia de acosos escolar u otros posibles motivos. Pero se trata de una cuestión que sólo puede valorarse caso por caso.

⁶³ En este sentido J.J. LEE, ob. cit., p. 683

⁶⁴ Según este precepto “El reconocimiento de un hijo no pierde fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”. Con base en el citado artículo se entiende que es válido el testamento que no contiene disposiciones de carácter patrimonial. Por todos vid. A. CAÑIZARES LASO, “Comentario al art. 667 C.c.” en *Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., Civitas-Thomson, Navarra, 2016, pp. 282-284; L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, t. 2, *Derecho de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 11ª ed., 2012, p. 49; J.L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Sucesiones*, 4ª ed., rev. y puesta al día por Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 168, 169

⁶⁵ Una adecuada regulación permitiría conciliar, como sugiere J.J. LEE, ob. cit., p. 654, cuatro objetivos: respetar la privacidad del difunto y las leyes dirigidas a garantizarla; respetar los deseos del difunto; facilitar la eficiente gestión de la herencia y minimizar litigios.

tades a que se enfrenta el administrador de la herencia —el denominado “executor”, que es quien tiene encomendada la misión de identificar los bienes del causante, pagar sus deudas y distribuir el remanente de acuerdo con su voluntad testamentaria o la ley⁶⁶— y, en general, cualquier “fiduciario”⁶⁷, cuando, para recopilar información financiera y bancaria, para evitar un posible robo de identidad o una utilización fraudulenta de las cuentas inactivas del difunto, precisa conocer y acceder a sus comunicaciones electrónicas⁶⁸.

38. Las empresas de internet, como se ha avanzado, argumentan que deben proteger la intimidad de sus usuarios y aducen que el permitir el acceso o revelar los contenidos de las comunicaciones electrónicas de éstos podría dar lugar a la contravención de leyes federales. Pero la doctrina observa que también el “fiduciario” que intenta acceder a las comunicaciones de un tercero puede incurrir en violación de dichas leyes.

39. En efecto, la *Computer Fraud Abuse Act* (CFAA), penaliza a cualquiera que acceda a un sistema informático (local o almacenado en la nube) “sin autorización o excediendo el acceso autorizado”⁶⁹. La ley no define la noción de “autorización” y, en cuanto al concepto de exceso en la autorización, éste consiste, según el art. 18 U.S.C., párrafo 1030(e)(6), en un acceso autorizado pero empleado para “obtener o alterar información” que el sujeto que accede no está legitimado para obtener o alterar. El hecho de que la mayoría de las compañías de internet prohíban al titular transferir la cuenta o permitir a terceros su uso, ha llevado a interpretar ampliamente la noción de “acceso no autorizado” y “exceso en la autorización”. De un lado se entiende que la legitimación genérica que puede ostentar un “fiduciario” para gestionar los bienes de otra persona no es suficiente para considerar que existe un acceso autorizado. De otro, incluso en los casos en que el titular de la cuenta ha suministrado a un tercero (por ej. un familiar, que puede ser el administrador de la herencia) información (v. gr. password) para acceder a ella, se asume que se estaría vulnerando los ToS de la compañía, lo que conllevaría un acceso ilícito, y por tanto, punible, de acuerdo con la CFAA⁷⁰.

40. Otra ley relevante es la *Stored Communications Act* (SCA), que forma parte de la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986. Esta ley fue dictada inicialmente para evitar el acceso del gobierno a las comunicaciones electrónicas de los ciudadanos pero otorga igualmente protección frente a sujetos privados⁷¹. La SCA prohíbe a los proveedores de servicios de internet desvelar contenidos de las comunicaciones de los usuarios —aunque pueden revelar información sobre las cuentas pertenecientes a éstos— y, si bien una entidad gubernamental puede obtenerlos a través de ciertos procedimientos, un sujeto privado no puede hacerlo. Existe únicamente una excepción en cuya virtud el prestador del servicio puede voluntariamente desvelar esos contenidos sin exponerse a una sanción. Y esta excep-

⁶⁶ E. SY, ob. cit., pp. 650, 651

⁶⁷ Este término abarca todos aquellos supuestos en que una persona actúa como representante legal o voluntario de otra y/o tiene la misión de gestionar sus bienes. Como a continuación se verá, en el ámbito que nos movemos este término viene utilizándose para aludir al administrador de la herencia (“executor” o “administrator”), al encargado de administrar un Trust (“Trustee”), al representante voluntario (personas que actúan bajo un “Power of Attorney”) o al legal (v. gr. “Guardian”). Sobre el estatus jurídico y facultades de cada uno de estos sujetos puede verse J. D. LAMM/C.L. KUNZ / D.A. RIEHL/ P.J. RADEMACHER, “The Digital DeahT Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property”, *University of Miami Law Review*, 385 (2014), pp. 389 y ss.

⁶⁸ Sobre las razones por las que el administrador de la herencia (y en general cualquier “fiduciario”) puede necesitar acceder a las cuentas *on line* del difunto y a la información existente en ellas, V. BLACKLY, ob.cit., p. 2 y ss.

⁶⁹ Literalmente la CFAA alude al acceso y a la información contenida en “any protected computer” pero se interpreta que los contenidos almacenados en la nube o en el servidor de un tercero lo están, en definitiva, en un “protected computer” (V. BLACKLY, ob. cit., p. 7)

⁷⁰ J. D. LAMM/C.L. KUNZ / D.A. RIEHL/ P.J. RADEMACHER, ob. cit., pp. 400, 401; M. SLAUGHTER, ob. cit., pp. 193, 194; E. SY, ob. cit., pp. 660, 661; V. BLACKLY, pp. 6, 7; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets”, *Probate and Property Magazine*, 2016, vol. 30, n° 4, p. 2 de la versión impresa. La CFAA es una norma penal pero, conforme a una enmienda de 1994, también permite emprender acciones civiles.

⁷¹ Hay, no obstante excepciones, porque no protege los servicios de comunicación electrónica proporcionados por un empresario a sus empleados y, además, sólo tutela las comunicaciones que han sido “restringidas de algún modo”. Esto último, sin embargo, no impide a las empresas de internet invocar la norma porque, por ej. Facebook sostiene que la SCA proporciona protección a los contenidos que se han restringido sólo a “tus amigos” aunque éstos sean miles. M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 197

ción se da cuando el emisor o el destinatario de la comunicación ha otorgado un consentimiento lícito (“lawful consent”). Dado que este consentimiento no existe en la práctica cuando se trata de acceder a las comunicaciones de personas fallecidas, las empresas de internet, con base en la SCA, aducen que revelar los contenidos de las cuentas de sus usuarios podría acarrearles una sanción⁷².

41. Las expresadas leyes –con independencia de que se consideren desfasadas por la doctrina⁷³– constituyen un serio obstáculo a la hora de gestionar los bienes digitales del difunto, tanto por lo que respecta al acceso a las cuentas *on line* en que dichos bienes estén almacenados como por lo que respecta a su contenido mismo⁷⁴. Por ello en el año 2012 la *Uniform Law Commission*⁷⁵ creó una comisión con objeto de elaborar una propuesta de ley uniforme dirigida a facultar a los “fiduciarios” a gestionar, acceder y distribuir los bienes digitales de una persona. En 2014 se publicó la *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA)⁷⁶, pero debido a las presiones ejercidas por las grandes empresas de internet, se modificó la versión inicial dando lugar a la denominada *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA)⁷⁷, publicada en 2015.

42. Ambas versiones abordan no sólo la situación de los administradores de bienes de una persona fallecida, sino, en general, la de los “fiduciarios”⁷⁸, pero la diferencia principal reside en que, si bien en la propuesta original los fiduciarios tenían como regla acceso a los bienes digitales (tanto a las cuentas como a su contenido) del usuario, salvo manifestación en contra de éste, en la versión revisada la regla, cuando se trata de acceder a contenidos, es la contraria.

43. Por lo que aquí interesa, la UFADAA original disponía en su sección 4 que el “representante personal” de una persona fallecida tenía acceso tanto al contenido como a las comunicaciones de éste salvo que se estableciera lo contrario en el testamento del causante o así lo dispusiera una orden judicial⁷⁹. Y, para evitar los problemas suscitados por las leyes federales anteriormente mencionadas, se establecía en la sección 8 que el fiduciario tenía “consentimiento lícito” (“lawful consent”) a efectos

⁷² J. D. LAMM/C.L. KUNZ / D.A. RIEHL/ P.J. RADEMACHER, ob. cit., pp. 403-405; M. SLAUGHTER, ob. cit., pp. 197, 198

⁷³ M. SLAUGHTER, ob. cit., p. 195; E. SY, ob. cit., pp. 657 y ss.; V. BLACKLY, ob. cit., pp. 9, 10; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., pp. 2, 3

⁷⁴ Incluso aunque se trate de bienes digitales de contenido económico –que formarían en principio, parte de la herencia del causante–, si están almacenados o depositados en cuentas digitales pertenecientes al difunto, puede ser difícil para el administrador de la herencia tener conocimiento de su existencia si no tiene acceso previo a esas cuentas, lo que, como regla, y de acuerdo con lo explicado, puede estarle vedado.

⁷⁵ La *Uniform Law Commission* es una entidad sin ánimo de lucro, que tiene más de 100 años de antigüedad, cuya finalidad es proporcionar a los Estados americanos propuestas de legislación con el fin de ofrecer claridad y estabilidad en materias controvertidas. (puede consultarse su página web <http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC>)

⁷⁶ Ha de advertirse que previamente a la aprobación de la UFADAA algunos Estados americanos habían dictado leyes, de carácter más limitado, dirigidas a resolver el problema del acceso de los fiduciarios a los bienes digitales (S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 2)

⁷⁷ La versión de 2014 está disponible en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2014_UFADAA_Final.pdf

⁷⁸ La versión de 2015 en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2015_RUFADAA_Final%20Act_2016mar8.pdf

⁷⁹ Que, según V. BLACKLY, ob. cit., p. 3, son aquéllos “que tienen la autoridad legal de gestionar los bienes de otra persona y el deber de actuar en interés de ésta”. La Sección 2 párrafo (14) de la RUFADAA 2015 define el fiduciario como “an original, additional, or successor personal representative [conservator], agent or trustee”. Y el “personal representative” como “an executor, administrator, special administrator, or person that performs substantially the same function under law of this state other than this act” –Sección 2 (18)– También aclara el concepto de “conservator” (párrafo 5) “power of attorney” (párrafo 19) y el de “Trustee” (párrafo 25). Las definiciones de estos términos son iguales a las contenidas en la versión de 2014. Puede decirse que las dos versiones de esta propuesta incluyen dentro de la noción de fiduciario a los “ejecutores o administradores” de los bienes del causante; los “guardians” o “conservators” de una persona (menor o incapaz) designados judicialmente; los “agentes” que actúan bajo un “power of attorney” y los “trustees” (V. BLACKLY, ob. cit., p. 13; J.J. LEE, ob. cit., pp. 656, 657).

⁷⁹ Sección 4: “Subjet to section 8(b) and unless otherwise ordered by the court or provided in the will of a decedent, the personal representative of the decedent has the right to access (1) the content of an electronic communication [...] (2) any catalogue of electronic communications [...] (3) any other digital asset...”

de la SCA y debía ser considerado como un “usuario autorizado” (“authorized user”) de acuerdo con la CFAA⁸⁰.

44. La UFADAA fue introducida en numerosos Estados americanos a lo largo de 2015 pero sólo llegó a aprobarse como ley estatal en el estado de Delaware⁸¹. Representantes de las grandes empresas de internet –pese a haber participado en el proceso de elaboración de la UFADAA– comenzaron a oponerse duramente a ella en los Estados que intentaron adoptarla como ley propia⁸², con base, nuevamente, en la necesidad de proteger la intimidad de los usuarios. Sostenían que un modelo que, como regla, proporciona a los fiduciarios acceso a los contenidos privados de los usuarios, vulnera las expectativas de éstos, que no es probable que esperen que su información vaya a ser compartida con otros tras su muerte⁸³. El lobby creado para oponerse a la UFADAA (Netchoice) elaboró una propuesta alternativa, la denominada *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act* (PEACA), que se refiere exclusivamente al acceso *post mortem*, por parte del administrador de la herencia, a los bienes digitales del difunto. Esta propuesta sólo permite al fiduciario acceder al catálogo de comunicaciones del difunto y a los contenidos de dichas comunicaciones con una orden judicial que debe constatar además, en el segundo caso, entre otras circunstancias, que la revelación de contenidos fue consentida por el difunto en su testamento y dicha revelación no viola ninguna ley federal (sección 1)⁸⁴

45. Todo ello motivó que la *Uniform Law Commission* diseñara una nueva versión de la UFADAA, que fue aprobada en julio de 2015, y que ha sido ya adoptada como ley estatal en algunos Estados⁸⁵. Esta versión revisada pretende armonizar la posibilidad de que los fiduciarios accedan a los bienes digitales de su titular con el respeto a las expectativas de intimidad de los usuarios de internet⁸⁶. Así, en la nueva versión (RUFADAA) los fiduciarios tienen acceso al catálogo de comunicaciones electrónicas del usuario (lista de mensajes enviados y recibidos y direcciones de e-mail)⁸⁷, salvo que éste haya establecido lo contrario (Section 8). Ahora bien, para acceder a los contenidos *es necesario el consentimiento expreso del difunto* (Section 7). En relación a la forma de manifestación de dicho consentimiento, esta propuesta tiene en cuenta las herramientas que algunos proveedores de servicios de internet han comenzado a ofrecer a sus usuarios para que expresen su voluntad en torno al destino de sus bienes digitales a su muerte⁸⁸.

⁸⁰ La Sección 8 (b) establecía además que cualquier cláusula incluida en los “términos de servicio” que limitara el acceso de los fiduciarios a los bienes digitales era nula a menos que se tratara de una cláusula aceptada afirmativamente y separadamente al mero consentimiento al contrato de adhesión, y la sección 8 (c) declaraba ineficaz (“unenforceable”) cualquier cláusula de determinación de ley aplicable que conllevara una limitación de los derechos reconocidos al fiduciario. Sobre ello vid. V. BLACKLY, ob. cit., p. 14; LEE, ob. cit., p. 658.

⁸¹ E. SY, ob. cit., p. 664; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., pp. 3, 4

⁸² A.W. COVENTRY and K. PRANGLEY, “Status of The Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. Not enacted anywhere yet”, p. 2, Disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/rpte_ereport/2015/3-May/practice_alert_authcheckdam.pdf

⁸³ E. SY, p. 664; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 4; A.W. COVENTRY and K. PRANGLEY, ob. cit., p. 2.

⁸⁴ Vid. E. SY, p. 665. El texto de la PEAC puede encontrarse en <https://netchoice.org/library/privacy-expectation-afterlife-choices-act-peac/>.

Una versión modificada de la PEAC, que modera la necesidad de obtener una orden judicial fue aprobada en el Estado de Virginia. Dicha ley no requiere orden judicial para obtener información sobre las comunicaciones electrónicas de los 18 meses anteriores a la muerte siempre que el causante no hubiese dispuesto lo contrario. Para obtener contenidos basta con demostrar que el difunto expresamente lo consintió. M. OBENSHAIM, and J. LEFTWICH, “Protecting the Digital Afterlife: Virginia’s Privacy Expectation Afterlife and Choices Act”, *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, 2015, vol. XIX:i, pp.45 y ss.

⁸⁵ Según A. KLEIN and M.R. PARTHEMER, ob. cit., p. 5, en Julio de 2016 la propuesta había sido ya adoptada como ley en Arizona, Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Maryland, Nebraska, Oregon, Tennessee, Washington, Wisconsin y Wyoming, y se esperaba que se convirtiera en norma legal en otros 50 Estados.

⁸⁶ Vid. “Prefatory Note” de la RUFADAA

⁸⁷ La RUFADAA –Section 2.4– define el concepto de “catalogue of electronic communication” como la “information that identifies each person with which a user had an electronic communication, the time and date of the communication, and the electronic address of the person”. El “content” hace referencia a la información relativa a “la substance or meaning of the communication” (Section 2.6)

⁸⁸ Concretamente, Facebook’s Legacy Contact y Google’s Inactive Account Manager, que son herramientas on line que las mencionadas empresas ponen a disposición de sus usuarios para que designen, en su caso, a una persona a quien trasladar el contenido de sus cuentas en caso de muerte o larga inactividad. Vid. HARBINJA “Postmortem privacy 2.0: theory, law, and technology”, *International Review of Law, Computers and Technology*, 31:1 (2017), pp. 35-37

46. Así, se estará en primer lugar a la voluntad manifestada por el titular de la cuenta a través de los instrumentos ofrecidos con tal fin por el proveedor del servicio, voluntad ésta que prevalecerá sobre lo establecido en el testamento siempre que se haya permitido al usuario modificar tal voluntad o eliminarla en cualquier momento –Section 4 (a–. A falta de indicación a través de ese instrumento (que sólo ofrecen algunas empresas) entra en juego lo establecido en el testamento que *prevalece sobre lo dispuesto en las condiciones generales (ToS) del proveedor de servicios de internet*. En última instancia, si el usuario no previó nada, se aplica lo establecido en los “términos de servicio” –Section 4 (b) y (c)–⁸⁹.

47. La RUFADAA por último, aborda la forma en que el proveedor del servicio puede suministrar los bienes digitales solicitados (Section 6): cabe que le permita un acceso total a la cuenta del usuario, que le permita un acceso parcial si es suficiente para que cumpla sus obligaciones o que le proporcione una copia de los bienes digitales (un volcado de datos) a los que podría haber tenido acceso el usuario⁹⁰.

IV. El derecho a la “muerte digital” consagrado en Francia

48. En octubre de 2016 se publicó en Francia la “Loi pour une République numérique” (Loi n° 2016-1321 du 7 octobre, JORF n° 235 du 8 octobre 2016), que tiene como objetivo “favorecer la circulación de datos y del saber” “proteger a los individuos en la sociedad digital” y “garantizar el acceso de todos a la red digital”⁹¹. El contenido de esta ley es muy amplio y, entre otras cuestiones, regula la circulación de datos dentro de la Administración y establece la obligación de publicar en abierto documentos administrativos así como decisiones judiciales; impulsa la difusión en abierto de los conocimientos científicos; consagra el principio de neutralidad de la red; impone deberes de lealtad e información a los operadores de plataformas *on line*, etc⁹².

49. Por lo que aquí interesa, regula el denominado “derecho a la muerte digital” (“mort numérique”)⁹³, consagrando la posibilidad de cualquier persona de establecer instrucciones “relativas a la conservación, la eliminación o la comunicación de sus datos personales después de su muerte” (art. 63,2)⁹⁴.

50. Lo primero que llama la atención respecto de la norma francesa, que, como fácilmente cabe colegir, está directamente relacionada con la cuestión del destino de los “bienes digitales” de una persona a su muerte, es la terminología. Es llamativo que el precepto se refiera exclusivamente a los “données à caractère personnel”, concepto éste que hace referencia a la información concerniente a una persona física identificada o identificable por el responsable del tratamiento⁹⁵. Y, por muy ampliamente que se interprete esta noción (incluyendo fotografías o mensajes de voz) es dudoso que los contenidos, por ej.,

⁸⁹ E. SY, ob. cit., p. 670 672 y ss.; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 5

⁹⁰ E. SY, ob. cit., p. 675; S.A. KLEIN and M. R. PARTHEMER, ob. cit., p. 5, 6

⁹¹ L. GRYNBAUM, “Loi pour une République numérique. Ouverture des données et nouvelles contraintes”, *La Semaine Juridique*, n° 43-44, octubre 2016, p. 1956

⁹² Puede verse un resumen de los contenidos de esta ley en L. GRYNBAUM, ob. cit., pp. 1956 y ss., y C. FERNÁNDEZ., “La ley digital francesa. Entre el Open Data y la protección de datos”, *Diario La Ley*, 28-8-2017, pp.1-4

⁹³ Esta ley parece presuponer que es necesario evitar la pervivencia de datos de personas fallecidas en internet. La doctrina ya venía advirtiendo sobre el hecho de que los individuos somos cada vez en mayor medida productores de datos digitales que nos sobreviven debido a las insuficiencias de la legislación para permitir a los herederos de una persona fallecida tomar decisiones relativas a la información personal del difunto. En este sentido A. FAVREAU, ob. cit., pp. 4 y 5.

⁹⁴ El art. 63 modifica, en su apartado primero, el art. 40 de la Ley n° 78-17 de 6 de enero relativa “a la Informática, los ficheros y las libertades” y, en su apartado segundo, añade un nuevo art. 40-1 a la mencionada ley, que es el que regula el denominado derecho a la “muerte digital”.

⁹⁵ Esto incluye, por ej. según C. PÉRÈS, “Les données à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République numérique”, *Recueil Dalloz*, 2016, enero, n° 2, p. 90, nota 3, el nombre, domicilio, número de carnet de identidad, fotografía, dirección electrónica, dirección IP, datos biométricos o genéticos.

de mensajes de correo electrónico, o las opiniones vertidas por un usuario en la red, aisladamente consideradas⁹⁶ puedan conceptuarse siempre como “datos de carácter personal”⁹⁷.

51. En cualquier caso, dejando a un lado la cuestión de si el término “dato de carácter personal” abarca o no, desde la perspectiva del legislador francés, todos los posibles contenidos volcados por un individuo en la red –cuestión ésta que no ha sido abordada por la escasa doctrina que, hasta donde me consta, ha analizado la ley comentada–, conviene detenerse ahora en la regulación introducida por el art. 63,2 de la Ley por una república digital, dirigido a introducir un nuevo artículo (el art. 40-1) en la Ley de 1978 sobre “la Informática, los ficheros y las libertades”.

52. El nuevo art. 40-1 de la mencionada Ley sobre “la Informática, los ficheros y las libertades” (añadido por el art. 63,2 de la Ley para una república digital), dispone en el párrafo I que “*los derechos reconocidos en la presente sección se extinguen a la muerte de su titular. Sin embargo, pueden ser provisionalmente mantenidos conforme a los apartados II y III*”. La norma se refiere a los derechos ligados a la protección de datos personales (acceso, oposición, rectificación y supresión) que son los regulados en la sección 1, del capítulo II de la ley de 2016⁹⁸. Y viene a reconocer que tales derechos, al igual que el resto de los derechos de la personalidad, como se indicó con anterioridad, *no son transmisibles “mortis causa”*⁹⁹ por lo que, en principio, no pueden ser ejercitados por los herederos del difunto.

53. La no transmisibilidad de esos derechos impide a los herederos acceder a los “datos” del difunto disponibles en la red o decidir sobre su eliminación¹⁰⁰ (lo que podría provocar que permanecieran en internet en una situación de “inmortalidad digital de hecho”¹⁰¹). Para solucionar este problema¹⁰², la ley francesa permite al usuario decidir sobre el destino de esos datos a su muerte, y designar, en su caso, a una persona para que se ocupe de ejercitarlos de acuerdo con sus instrucciones¹⁰³.

⁹⁶ Cabe pensar que un conjunto de mensajes enviados por una persona a otra, o un conjunto de opiniones sobre cierto tema vertidos por un individuo en la red, convenientemente analizados y atendiendo a posibles datos o información suministrada en ellos, podrían permitir la identificación de una persona. Pero a priori no parece que un mero mensaje, a menos que contenga información relevante sobre familiares, puestos de trabajo, etc., o una mera opinión, permita siempre la identificación del autor.

⁹⁷ Ocurre además que el art. 48 de la citada Ley, consagra el derecho del consumidor a disponer “de un derecho de recuperación del conjunto de sus datos” y señala que ese derecho abarca la posibilidad de recuperar “todo fichero puesto en línea por el consumidor” y “todo dato que resulte de la utilización de su cuenta que puedan ser consultados en línea”. En este caso el legislador diferencia entre “ficheros” (contenidos) y meros datos. Pero este derecho a recuperación de “datos” no se refiere a los datos de carácter personal sino a los “datos” en general. Así se deduce de la ubicación sistemática del precepto, incluido en una sección (sección 2, tit. II) denominada “portabilidad y recuperación de datos”. El art. 63, en cambio, (el que regula la muerte numérica) está ubicado en el cap. III de la ley, relativo a la protección de la vida privada en línea, y dentro de una sección titulada “Protección de datos de carácter personal”. Es dudoso por tanto, si el legislador francés, cuando alude en el art. 63 a “datos personales” está incluyendo dentro de esa noción cualquier tipo de contenido volcado por una persona en la red.

⁹⁸ El art. 63 de la Ley para una república digital, además de regular el derecho a la muerte digital, regula en su apartado primero el “derecho al olvido” de los menores de edad, disponiendo que el interesado puede solicitar al responsable del tratamiento que elimine todos los datos que haya recogido en el marco de servicios de la sociedad de información cuando el interesado era menor.

⁹⁹ Sobre la intransmisibilidad del derecho a la protección de datos personales, al igual que el derecho al respeto a la vida privada y, en general, los derechos de la personalidad, C. PÉRÈS, ob. cit., pp. 94, 95.

¹⁰⁰ A. FAVREAU, ob. cit., pp. 4-6; M. CAHEN, “Identité et mort numérique”, apartado II,A (disponible en <https://www.murille-cahen.com/publications/mort-numerique.asp>); M.P. L'HOPITALIER, “Mort virtuelle et immortalité numérique? Vous avez le choix” (puede consultarse en <https://www.parthema.fr/mort-virtuelle-et-immortalite-numerique-vous-avez-le-choix/>);

¹⁰¹ A. VENNIN, “Comment organiser sa mort numérique, qu’advient-il de nos données après notre décès”, 22-3-2017, Village de la Justice, disponible en <https://www.village-justice.com/articles/Comment-organiser-mort-numerique-advient-nos-donnees-apres-notre-deces,24553.html>

¹⁰² Ha y que advertir que en realidad ello es así sólo cuando el prestador de servicios de internet en cuyo servidor se encuentren almacenados esos datos no ha previsto contractualmente, en las condiciones generales aplicables, la extinción de los mismos tras la muerte del usuario (como es el caso, por ej. de Yahoo), o cuando no ofrece a los familiares o amigos la posibilidad de cerrar la cuenta si se acredita la defunción (por ej. Google, Facebook).

¹⁰³ C. PÉRÈS, ob. cit., p. 93, observa que se viene a remediar una laguna importante derivada del carácter intransmisible de los derechos de acceso, modificación y supresión de datos.

¹⁰⁴ El nuevo art. 40-1.II, apartado 5 dice que las directrices del difunto (a las que se alude a continuación en el texto) “*définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés à la présente section*”.

54. A tal efecto dispone, como se ha avanzado, que toda persona puede dar directrices sobre la “conservación, eliminación y comunicación” de dichos datos (art. 40-1-II). Esas directrices pueden ser generales o particulares, y podrán ser en todo momento modificadas o revocadas (art. 40-1.II, apartado 7).

55. Las *directrices generales* atañen al conjunto de los “datos personales” del difunto y deben ser depositadas ante un “tercero de confianza” certificado por la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades (CNIL). Además se prevé que deben ser inscritas en un Registro único regulado por decreto del Consejo de Estado (art. 40-1.II, apartados 2 y 3).

56. Las *directrices particulares* son instrucciones que se suministran a concretos prestadores de servicios de internet en relación a los datos de los que son responsables, y que se les comunican directamente a ellos (art. 40-1.II, apartado 4)¹⁰⁴. De hecho, la ley obliga a las empresas de internet a articular medidas para que los usuarios puedan decidir sobre el destino de sus datos a su muerte (art. 40-1.IV)¹⁰⁵. Pero, también dispone, y esto es relevante, que las posibles instrucciones del usuario deben ser objeto de consentimiento específico y no pueden resultar de la mera aceptación de las condiciones generales o “términos de servicio” de la empresa en cuestión (art. 40-1.II, apartado 4).

57. Tanto en las directrices generales como particulares el usuario puede designar a la persona encargada de ejecutar las instrucciones en torno al destino de sus datos o puede limitarse a indicar simplemente qué desea hacer con ellos. En esta segunda hipótesis corresponderá a los herederos ejecutar esas instrucciones y demandar a los responsables del tratamiento su puesta en práctica (art. 40-1.II, apartado 8).

58. En ausencia de directrices de uno u otro tipo o de mención en contra en las mismas, la ley permite a los herederos ejercer los derechos mencionados “en la medida necesaria para organizar y reglamentar la sucesión del difunto”, esto es, “a fin de identificar y obtener comunicación de informaciones útiles para la liquidación y partición de la herencia” (art. 40-1.III, incisos 1º y 2º). De ahí cabe deducir que los herederos, cuando el causante no ha dispuesto otra cosa, tienen derecho a obtener información relativa a la existencia de cuentas bancarias *on line*, recibos o facturas enviadas por correo electrónico, saldos positivos en juegos *on line*, y, en general, información sobre la pertenencia al difunto de bienes digitales de valor patrimonial (v. gr. bitcoins).

59. Más discutible es que puedan tener acceso a contenidos que carecen de naturaleza patrimonial. El art. 40-1.III, inciso 2º dispone que los herederos pueden también “recibir comunicación de bienes digitales o datos similares a los *recuerdos de familia* transmisibles a los herederos”. Los “recuerdos de familia” tienen una regulación especial en Francia¹⁰⁶. Pero es difícil saber qué bienes digitales pueden ser considerados como tales. Los comentaristas ponen como ejemplo las fotos de familia ubicadas en al-

¹⁰⁴ C. PÉRÈS, ob. cit., p. 96, advierte que la posibilidad de establecer directrices particulares genera riesgo de diseminación a través de las múltiples cuentas que puede tener un usuario, dificultando su conocimiento por los herederos o personas designadas por éste. Además, observa, puede haber contradicciones entre las directrices particulares y generales, lo que, en su opinión debe resolverse entendiendo que la directriz general comporta la revocación tácita de la directriz particular anterior.

¹⁰⁵ El nuevo párrafo IV del art. 40-1 de la Ley sobre “la Informática, los ficheros y las libertades” dispone que “tout prestataire d'un service de communication au public en ligne informe l'utilisateur du sort des données qui le concernent à son décès et lui permet de choisir de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne”.

¹⁰⁶ Si bien hay algunas empresas como Facebook o Google que ya disponen de herramientas de este tipo, la obligación impuesta por la norma francesa se opone a la política de algunas empresas que, como Yahoo, disponen en sus condiciones generales que los derechos del usuario se extinguen a su muerte. Y cabe preguntarse si dichas compañías van a ser o no proclives a adaptarse a esta imposición legal.

¹⁰⁶ Suele observarse que los “recuerdos de familia” (definidos, habitualmente, como bienes cuyo significado moral y afectivo eclipsa su valor venal) se sustraen a las reglas ordinarias de la sucesión “mortis causa”. Según el art. 732 C.c. corresponde al juez designar entre los herederos al receptor de dichos recuerdos, pero su régimen legal es confuso. En general se entiende que el designado por el juez es un mero depositario de bienes que pertenecen en copropiedad a la familia. Los miembros de la familia tienen libre acceso a esos recuerdos y nadie puede disponer de ellos. Vid. P.MALAUZIE ET L. AYMES, *Les successions, Les Liberalités*, París, Defrenois, 2004, pp. 26, 27; D. GUEVEL, *Droit des successions et des liberalités*, 2ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 65

bums en línea¹⁰⁷, pero también los e-mails personales, siempre que no afecten a terceros y tengan interés sentimental particular¹⁰⁸, lo cual es difícil de detectar a priori.

60. También se reconoce a los herederos (cuyos posibles desacuerdos deben solucionarse judicialmente¹⁰⁹) la posibilidad de cerrar las cuentas del difunto, oponerse al tratamiento de sus datos personales y solicitar al responsable del tratamiento que ponga al día la información relativa al difunto (art. 40-III, inciso 3º).

61. Por último, el art. 40-1, II, dispone, en su apartado final, que toda cláusula contractual incluida en las condiciones generales de uso que “limite las prerrogativas reconocidas a la persona en virtud del presente artículo debe reputarse como no escrita”.

62. Como puede verse la perspectiva adoptada por la ley francesa es completamente diferente a la de la propuesta americana. Aunque ambas ofrecen solución a la cuestión del destino de los bienes digitales a la muerte de un sujeto, lo hacen desde distintos puntos de vista. La norma americana toma como punto de partida la conveniencia de conciliar las necesidades de la práctica hereditaria –que puede requerir acceso a los bienes digitales del difunto– con las expectativas de privacidad de los usuarios (protegidas, por otra parte, por leyes federales que garantizan el secreto de las comunicaciones electrónicas). La ley francesa, sin embargo, parece presuponer que es preciso evitar que los datos personales de personas fallecidas pervivan en la red. De ahí que consagre el derecho a la “muerte digital” y regule la cuestión desde la perspectiva del derecho a la protección de los datos personales, declarando la posibilidad de que las personas designadas por el causante ejerzan estos derechos que, en principio, se extinguen con la muerte.

63. Los criterios de solución del conflicto empleados en uno y otro modelo de regulación no son, sin embargo, muy diferentes. En ambos casos el elemento determinante es la *voluntad del causante*, que puede decidir que se comuniquen o no los contenidos almacenados en sus cuentas (en la propuesta americana), o los datos personales de que disponga el responsable del tratamiento (en la ley francesa), al administrador de la herencia, o al heredero o persona designada al efecto. *Esta voluntad no se presume*, sino que debe ser manifestada expresamente por el causante. Así, en ausencia de indicación del difunto, el administrador de la herencia –en el caso americano– sólo tiene acceso al catálogo de comunicaciones del causante, y los herederos –en el caso francés– a la información necesaria para la liquidación y partición de la herencia. Hay que destacar, por último, que cuando el causante haya manifestado su voluntad de transmitir los contenidos almacenados en sus cuentas, tal voluntad *prevalece sobre las condiciones generales* establecidas por los proveedores de servicio de internet.

64. La cuestión pendiente es si el ámbito de la ley francesa es lo suficientemente amplio como para resolver todos los problemas que plantea el acceso a contenidos digitales creados por el usuario y volcados por éste en la red. Es significativo, en este sentido, que, en España, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos que se encuentra en tramitación, distinga entre datos personales (art. 3) y contenidos de personas fallecidas (DA 6º) a fin de otorgar a los herederos (así como al albacea y, en su caso, la persona designada por el testador) ciertas facultades sobre los mismos. Y es que, si por dato personal se entiende, de acuerdo con la postura tradicional y la consagrada, asimismo, en el Reglamento UE 2016/679 (art. 4,1)¹¹⁰ toda información sobre una persona física que permita identificarla, directa o indirectamente, es posible que ciertos contenidos (v. gr. una opinión manifestada en una red social, un mensaje de correo electrónico, un archivo de Word almacenado en la nube) aisladamente

¹⁰⁷ A. VENNIN, ob. cit.

¹⁰⁸ G. CHAMPEAU, “Organiser l’heritage de ses données personnelles: ce que la loi prévoit” (<http://www.numerama.com/politique/179392-organiser-lheritage-de-ses-donnees-personnelles-ce-que-la-loi-prevoit.html>)

¹⁰⁹ Art. 40-1.III, inciso, 5

¹¹⁰ Sobre el concepto de dato personal en el Reglamento, ARIAS PAU, “Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos”, en *Reglamento General de Protección de Datos*, dir. por PIÑAR MAÑAS, Madrid, Reus, 2016, pp. 117 y ss.

considerados, no permitan tal identificación y, por consiguiente, no puedan ser calificados como datos de carácter personal¹¹¹.

V. La ley catalana de voluntades digitales

65. El pasado mes de junio se publicó la Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales, que modifica los libros segundo y cuarto del C.c. de Cataluña. Esta ley –que, como se dijo al comienzo, ha sido cautelarmente suspendida por le TC– pretende regular el “entorno digital” de una persona tanto cuando ésta muere como cuando tiene la capacidad judicialmente modificada. A tal efecto se contempla la posibilidad de que el interesado pueda manifestar sus “voluntades digitales” designando a una persona que gestione su entorno digital tras su muerte o con vistas a una posible situación de incapacidad¹¹². Además contiene medidas dirigidas a proteger a los menores de edad ante posibles riesgos derivados del entorno digital. Así, faculta a padres y tutores, en caso de que exista un riesgo claro, inmediato y grave, para la salud física o mental del menor, acreditado mediante informe de un facultativo, a solicitar a los prestadores de servicios la suspensión provisional del acceso de los menores a sus cuentas¹¹³.

66. Por lo que respecta al supuesto de muerte del usuario de internet, el art. 6 introduce un nuevo artículo el art. 411-10 en el C.c. catalán. Dicho precepto define el concepto de “Voluntades digitales en caso de muerte”, indicando, en el párrafo 1º, que por tales se entienden “*las disposiciones que establece una persona para que, después de su muerte, el heredero o albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas, actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas*”.

67. El causante puede designar a una *persona física o jurídica* como encargada de ejecutar sus voluntades digitales. Si no designa a nadie en particular se entiende que le corresponde al heredero o albacea ejecutarlas¹¹⁴. En cuanto a la forma de manifestar estas voluntades digitales, pueden ordenarse mediante disposición de última voluntad (testamento, codicilo o memorias testamentarias) o a través de un documento (denominado “documento de voluntades digitales”)¹¹⁵ que ha de inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales que crea esta norma¹¹⁶.

68. Hasta aquí podría pensarse que la ley catalana faculta al causante para decidir sobre el destino de sus bienes digitales, tanto en lo que respecta a la *información relativa a sus cuentas* como a los *contenidos* existentes en ellas que podrían, si es su voluntad, ser comunicados o entregados a la persona designada, al albacea o a sus herederos. El primer párrafo del art. Sin embargo, si uno continúa la lectura del nuevo art. 411-10 C.c., llega a una conclusión distinta.

¹¹¹ Para mantener la solución afirmativa habría quizás que entender que el contenido en cuestión, unido a otros posibles contenidos o datos referidos a la persona fallecida que estén o se pongan a disposición de un tercero, podría permitir razonablemente la identificación (cfr. Considerando 26 del Reglamento Europeo sobre protección de datos)

¹¹² El art. 1 de esta ley modifica el art. 222-2 C.c. catalán añadiéndole un apartado 4, dirigido a permitir la posibilidad de que, cuando una persona otorga un poder preventivo en atención a una futura incapacidad, el poderdante pueda atribuir al apoderado la facultad de actuar frente a los prestadores de servicios digitales gestionando sus cuentas y, solicitando, en su caso, la cancelación de las mismas.

¹¹³ Arts. 2 y 3 que modifican, respectivamente, los arts. 222-36 y 236-17 del C.c. catalán

¹¹⁴ El art. 7 de la ley modifica el art. 421-2 C.c. catalán, relativo al contenido del testamento, para indicar que en el testamento se pueden contener las voluntades digitales del causante y designar una persona para ejecutarlas y añade que “en defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona”

¹¹⁵ Tal documento, según el nuevo art. 411-10,4 puede modificarse en cualquier momento y no produce efectos si hay disposiciones de última voluntad. Además, en el nuevo art. 421-24 del C.c. catalán (añadido por el art. 8 de esta ley) indica que a falta de testamento, codicilo o memoria testamentaria, la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales puede hacerse “en un documento de voluntades digitales que necesariamente ha de especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de últimas voluntades”

¹¹⁶ El art 10 de esta ley añade una D.A. al libro cuarto del C.c. catalán, mediante el cual se crea el Registro electrónico de voluntades digitales.

69. El art. 411-10, en su párrafo 2º, enuncia las actuaciones concretas que el causante puede encomendar a la persona designada en sus voluntades digitales. Tales actuaciones son: a) comunicar al prestador de servicios digitales la defunción; b) solicitar la cancelación de las cuentas activas y c) solicitar a los prestadores de servicios digitales que *“ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para el caso de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores”*.

70. Parece evidente que lo dispuesto en la letra c) del art. 411-10.2 implica que la posible voluntad del causante queda en todo caso supeditada a lo que establezcan las condiciones generales del prestador de servicios digitales. Sólo cuando éstas lo permitan (“si procede”) podrá la persona designada por el causante solicitar la copia de los archivos en su poder. Si no lo permiten, las facultades de la persona designada se limitan a solicitar a la empresa en cuestión que apliquen las previsiones que, en su caso, tengan testablecidas para el supuesto de muerte del usuario.

71. Esta interpretación viene corroborada por lo que se establece en el art. 411-10.4. Según este precepto cuando el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea pueden, por defecto, ejecutar las mismas actuaciones anteriormente señaladas (las indicadas en las letras a, b y c, del párrafo 2 del art. 411-10), *“de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor”*.

72. Resulta, en definitiva, que la ley catalana deja en manos de las empresas de internet la decisión acerca del destino de los bienes digitales del usuario, cosa que, en realidad, ya vienen haciendo en la práctica. De acuerdo con lo indicado, parece evidente que los proveedores de servicios de internet pueden negarse a suministrar al heredero o persona designada por el causante información o acceso a las cuentas de éste así como los contenidos albergados en ellas, si así se establece en las condiciones generales o política de uso de la empresa. Por lo que cabe preguntarse por la utilidad real del sistema articulado en esta ley.

73. El art. 411-10, por último, en su párrafo 6, dispone que *“si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial”*. Pero conviene insistir en que, de acuerdo con el texto legal, aunque el causante haya ordenado la entrega de esos contenidos, es posible que el interesado tampoco pueda obtenerlos. Cabe preguntarse si podrá al menos, como en el caso en que el causante no ha manifestado su voluntad, obtenerlos con autorización judicial.

VI. Algunas conclusiones

74. Como ha podido verse la cuestión del destino de los “bienes digitales” a la muerte de una persona ofrece numerosas peculiaridades. Hasta ahora son las propias empresas de servicios de internet las que, a través de sus condiciones generales, vienen determinando el destino de esos bienes, declarando en unos casos la extinción de los derechos del usuario a su muerte, o estableciendo, en otros, la intransmisibilidad de esos derechos. Por otra parte, argumentos relativos a la necesidad de proteger la intimidad de los usuarios y a la obligación de los proveedores de servicios de internet de no vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, pueden utilizarse como justificación, tanto para negar información de las cuentas del usuario, como para permitir acceso a los contenidos en ellas almacenadas.

75. Aunque los bienes digitales que tienen contenido económico deben transmitirse, en principio, de acuerdo con las reglas del Derecho sucesorio, es evidente que el desconocimiento de la existencia de esos bienes puede impedir al administrador de la herencia, albacea o herederos, llevar a cabo las gestiones necesarias para su efectiva adquisición por estos últimos. De ahí la importancia de que se

articulen mecanismos para que los proveedores de servicios digitales –sin riesgo de vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones– proporcionen a estos sujetos información, al menos, sobre el *catálogo de comunicaciones del usuario*, a fin de que puedan conocer la posible existencia de cuentas bancarias *on line*, cuentas en paypal, juegos en línea, y, en general, información útil para la liquidación y partición de la herencia.

76. En cuanto a los bienes digitales de carácter no patrimonial, estos no se transmiten “mortis causa” a los herederos por el mero hecho de serlo. La mayoría de esos bienes de naturaleza no patrimonial son contenidos (escritos, opiniones, fotos, etc.) volcados por el usuario en sus redes sociales o en servicios de mensajería que tienen, por lo general, *carácter privado* (obviamente siempre que no se hayan publicado de forma totalmente abierta en internet) y que, en la medida que permitan la identificación del autor o persona a que se refieren, pueden ser considerados como “datos personales”. Además esos contenidos, por su amplitud y detalle, permiten conocer aspectos de la vida diaria de un sujeto con una exhaustividad tal que afecta inevitablemente a su intimidad.

77. Aunque el derecho a la intimidad, como otros derechos de la personalidad, se extingue con la muerte del individuo, esto no significa que no deba ser tutelado *post mortem* contra posibles agresiones de terceros. La ley española, en concreto, consagra esta tutela, y el hecho de que se encomiende subsidiariamente a ciertos familiares –que pueden ser a su vez herederos– el ejercicio de acciones protección de la intimidad del difunto no significa, como es obvio, que se les esté legitimado para que ellos mismos cometan una intromisión en la intimidad de aquél.

78. Por otra parte, parece evidente que los usuarios de internet entienden que –salvo que decidan voluntariamente publicar de manera indiscriminada datos íntimos, fotos, opiniones, etc., a través de las diversas vías que proporciona la red (blogs, redes sociales, foros, etc.– los proveedores de servicios digitales les ofrecen una garantía de privacidad. Es decir, no cabe presuponer que a los usuarios les es indiferente que, tras su muerte, se entreguen o transmitan a terceros los mensajes, escritos, opiniones, fotografías, etc., más o menos íntimos que se encuentran albergados en cuentas proporcionadas por empresas con las que mantienen una relación contractual. De ahí que *sólo en caso de que hayan manifestado su voluntad expresa en tal sentido*, debiera aceptarse, en mi opinión, dicha posibilidad. Entender que, como regla, y salvo disposición en contra, los herederos pueden tener acceso a esos contenidos me parece que vulnera gravemente las expectativas de intimidad de los usuarios de internet.

79. Pero, si la voluntad de una persona es ceder esos contenidos privados a sus herederos o a una persona específicamente designada al efecto, *debería darse primacía a esa voluntad frente a las posibles condiciones generales* que las empresas de internet hayan podido imponer. En este sentido me parece poco útil la regulación instaurada en la ley catalana que, como se ha indicado, hace prevalecer lo establecido en la política o los términos de servicio de los prestadores de servicios digitales frente a la posible voluntad del causante, que queda limitada por el marco contractual articulado por aquéllas.

VII. La regulación contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales: Valoración crítica

80. A la vista de las conclusiones que se acaban de expresar, cabe preguntarse si la regulación que pretende instaurar el Proyecto de LOPD¹¹⁷ solucionará adecuadamente los intereses en juego.

81. En primer lugar conviene señalar que el proyecto estatal aborda la cuestión, de modo similar a la ley francesa, desde la perspectiva de la protección de datos personales. El art. 2,3 del proyecto

¹¹⁷ El texto del Proyecto está publicado en el BOCG, de 24-11-2017. Puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF

comienza señalando que el ámbito de aplicación de dicha norma no se extiende a los datos de personas fallecidas¹¹⁸, pero a continuación, el art. 3 otorga a los herederos, albacea y/o persona designada por el causante ciertas facultades.

82. En concreto, el art. 3,1 permite a los herederos solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales del difunto o su *rectificación o supresión*, aclarando que carecerán de tal facultad cuando el causante lo hubiese prohibido expresamente o lo establezca una ley¹¹⁹. Lo mismo viene a establecer, el art. 3,2, respecto del albacea y la persona designada por el fallecido, quienes podrán solicitar “con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso, su *rectificación o supresión*”.

83. Como puede verse el Proyecto de LOPD faculta, por defecto, a los herederos, para ejercitar el derecho de acceso, *rectificación y cancelación* de los datos del difunto, excluyendo tal posibilidad sólo si el causante lo prohibió expresamente o lo impide una disposición legal. También permite al causante designar a una persona en particular para ejercitar dichas facultades o encomendarlas al albacea¹²⁰. Sin embargo, si bien no hay nada que objetar a la posibilidad de que el causante designe a una persona o encomiende al albacea la gestión de sus datos personales tras su muerte, ni tampoco a la posibilidad de que los herederos puedan solicitar la *rectificación o supresión* de los datos personales del difunto, me parece criticable que, como regla, y *a menos que el causante se haya manifestado expresamente en contra*, estos últimos puedan acceder a sus datos personales.

84. Ha de advertirse que el derecho de acceso, que está regulado en el art. 23 del Proyecto LOPD, que se remite, en cuanto a su ejercicio, al art. 15 del Reglamento UE 2016/679, comprende, además de la confirmación de si se está llevando a cabo el tratamiento de datos personales y la información sobre los fines, extensión y destinatarios del tratamiento, la obtención de una “copia de los datos personales objeto de tratamiento” (cfr. art. 15, 1 y 3 Reglamento). Resulta por consiguiente que, por virtud de lo establecido en el art. 3 del Proyecto LOPD los herederos podrán obtener copia de aquéllos contenidos volcados por un usuario en la red –y almacenados en la nube o el servidor de un tercero que pueda ser calificado como “responsable del tratamiento”– que puedan considerarse como datos personales (v. gr. una fotografía, un mensaje de voz), aunque permitan obtener información íntima del difunto que éste hubiera querido mantener reservada.

85. Pero además, presuponiendo probablemente, como antes se ha indicado, que no todo contenido digital creado por una persona o perteneciente a la misma puede ser calificado como “dato de carácter personal”, la D.A. 7º del Proyecto de LOPD aclara que el acceso a los “*contenidos de personas fallecidas*” se rige por las reglas establecidas en el mencionado art. 3. Así, dispone que los herederos pueden dirigirse a los prestadores de servicios que gestionen dichos contenidos a fin de acceder a ellos e “*impartir las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión*” *a menos*

¹¹⁸ Esta, como se sabe, es la postura de la normativa de protección de datos vigente y la que mantiene, igualmente, el Reglamento Europeo, si bien remite a la legislación interna la posible protección de los datos de personas fallecidas (Considerandos 27 y 158)

¹¹⁹ Art. 3,1: “Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su *rectificación o supresión*.”

¹²⁰ Como excepción los herederos no podrán acceder a los datos del causante ni solicitar su *rectificación o supresión* cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.”

¹²⁰ Es dudoso, sin embargo, si cualquier albacea designado testamentariamente puede solicitar el acceso a los datos del causante, así como su *rectificación o supresión*, o es preciso que el testador le haya encomendado expresamente esas facultades. El art. 3,2 dispone que “El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso, su *rectificación o supresión*”. La redacción del precepto suscita ciertas dudas porque no está claro si la obligación de actuar “con arreglo a las instrucciones recibidas” se refiere a la persona designada al efecto o también al albacea y si este último debe hacer recibido instrucciones específicas y estar, por consiguiente, autorizado expresamente por el testador para este cometido o no.

que el causante lo haya prohibido expresamente o lo impida una ley. Y añade que el albacea o la persona designada por el testador podrán, igualmente, acceder a esos contenidos para dar cumplimiento a las instrucciones recibidas.

86. Es decir, también cuando se trata de contenidos digitales que no encajan en el concepto de “datos de carácter personal” el proyecto de ley permite a los herederos, como regla y salvo disposición en contra del causante, no sólo acceder a ellos y conocerlos, sino también, lo que resulta aún más llamativo, decidir sobre su “utilización” o “destino”. ¿Significa esto que el heredero, podrá, por ejemplo, divulgar datos íntimos del difunto revelados en un mensaje de correo electrónico enviado a un tercero o en la red social que comparte con ciertos amigos? ¿O que podrá utilizar las fotografías privadas que tenía almacenadas en la nube o el servidor de un tercero con fines comerciales?

87. En mi opinión tal posibilidad, que es la que parece desprenderse del futuro texto legal, vulnera las expectativas de privacidad del usuario medio de internet, que no creo que deba verse obligado a manifestar expresamente su voluntad en contra para evitarlo.

88. Más adecuada sería, a mi parecer, la solución contraria. Esto es, permitir a los herederos el acceso a los datos personales y contenidos digitales del difunto *sólo cuando éste haya manifestado su voluntad de que gestionen o les sean transferidos sus bienes digitales*, pero no como regla general. Esta es la postura, como se ha visto, mantenida en el Derecho americano, y la incorporada por la ley francesa¹²¹. Y la que, desde mi punto de vista, es más respetuosa con el derecho a la intimidad del difunto que, como se ha indicado repetidamente, debe ser preservado con posterioridad a su muerte.

89. Se echa en falta, por otra parte, en el proyecto español, una norma, similar a la contenida en la ley francesa, dirigida a excluir la eficacia de cualquier cláusula contractual contenida en los términos de servicio o condiciones generales de las empresas de internet, que pueda ser invocada por los prestadores de servicios digitales para impedir a las personas legitimadas legalmente el acceso a los bienes digitales del difunto¹²².

90. Es dudoso, por último, que la regulación que pretende incorporar este proyecto de ley permita solucionar todos los problemas ligados a la transmisión “mortis causa” de los bienes digitales. Como ya se ha indicado con anterioridad, los bienes digitales de contenido patrimonial, así como las “cuentas” (entendidas éstas como relaciones contractuales mantenidas con un tercero que proporciona bienes o servicios de carácter digital) que no se hayan configurado contractualmente como intrasmisibles, forman parte de la herencia y se transmiten conforme a las reglas generales. Pero el conocimiento de la existencia de dichos bienes puede ser difícil para los herederos si no tienen acceso a las comunicaciones electrónicas del difunto. Las reglas previstas en el Proyecto LOPD no resuelven, sin embargo, esta cuestión. El derecho a acceder a los datos personales del difunto no parece que se extienda al conocimiento del elenco de personas o entidades con quienes aquél mantuvo comunicaciones electrónicas, información que puede considerarse cubierta por el derecho al secreto de las comunicaciones que, como se indicó, abarca los datos externos de la comunicación, y en concreto a sus destinatarios.

¹²¹ Que, recuérdese, a falta de directrices generales o particulares sólo permite a los herederos obtener la información necesaria para llevar a cabo la liquidación y partición de la herencia.

¹²² Recuérdese, por otra parte, que en la RUFADAA americana la voluntad del titular de la cuenta prevalece sobre lo dispuesto en las condiciones generales del proveedor de servicios de internet, que sólo entra en juego cuando el usuario no ha dispuesto de sus bienes digitales mediante los instrumentos particulares articulados por las empresas de internet o mediante testamento.

MUJER, MATRIMONIO Y MATERNIDAD: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

WOMAN, MARRIAGE AND MOTHERHOOD: ISSUES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW FROM A GENDER PERSPECTIVE

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

*Profesora de Derecho internacional privado
Universidad de Valladolid*

Recibido: 08.01.2018 / Aceptado: 24.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>

Resumen: En los últimos tiempos la lucha por alcanzar la igualdad de género y acabar con las injusticias que separan a hombres y mujeres se ha convertido en una auténtica “revolución” que ha invadido prácticamente todos los ámbitos sociales. Este movimiento debe también remover los principios que informan las soluciones de Derecho internacional privado en nuestro país. En el presente trabajo se analizan desde una perspectiva de género dos instituciones que tradicionalmente han sido bastión del patriarcado y cuya regulación se ha venido llevando a cabo desde consideraciones principalmente androcéntricas: el matrimonio y la maternidad.

Palabras clave: estereotipo, principio de igualdad, dignidad, orden público, interés de la mujer.

Abstract: In the latest times, the fight for achieving the gender equality and for putting an end to the injustices that separates men and women has become a true “revolution” that has invaded practically all social areas. This movement should also remove the principles that inform the solutions of International Private Law. In this paper we analyze from a perspective of gender two institutions that have traditionally been a bastion of patriarchy and whose regulation has been carried out from mainly androcentric considerations: the marriage and the motherhood.

Keywords: stereotype, principle of equality, dignity, public order, interest of the woman.

Sumario: I. Introducción: discriminación por razón de sexo y estereotipos de género en el Derecho internacional privado. II. Mujer y matrimonio internacional: 1. El control de los requisitos de capacidad y de consentimiento para la celebración del matrimonio: A) Matrimonios poligámicos y discrecionalidad de las autoridades en el reconocimiento de sus efectos. B) La lucha contra los matrimonios forzados. 2. La determinación de ley aplicable al régimen económico matrimonial: A) La irretroactividad de los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil. B) La solución del Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, sobre regímenes económicos matrimoniales. 3. El acceso de la mujer a la disolución del vínculo matrimonial. A) Garantías para el libre ejercicio de la autonomía conflictual. B) La virtualidad de la cláusula especial de orden público. III. Mujer y maternidad: 1. Gestación por sustitución y protección de la mujer gestante. 2. Sustracción internacional de menores y violencia de género. IV. Conclusión.

I. Introducción: discriminación por razón de sexo y estereotipos de género en el Derecho internacional privado

1. En el número 2015/1-2 de la *Revue Belge de Droit International*, Anne Lagerwall, co-directora de esta publicación y profesora de la *Université Libre de Bruxelles*, publicó un trabajo bajo el sugerente título de “La *Revue Belge de Droit International*: une affaire d’hommes qui n’aimaient pas les femmes?”. La paráfrasis del título, imitando el del famoso *best seller*¹, adelanta la queja de la autora sobre el papel de la mujer en el seno de la Revista belga, ciertamente muy lejos de la sordidez del que tiene en la novela sueca, pero manifiestamente desigual en relación con la función que desempeñan los hombres en esta publicación científica. La profesora Lagerwall pone de manifiesto la relegación de la mujer a un papel secundario, desarrollando principalmente funciones (de indexación, recopilación de documentos, elaboración de crónicas) útiles pero poco prestigiosas, y denuncia su representación minoritaria, tanto en el organigrama de la *Revue* como entre los autores que publican en la misma.

2. El objeto de nuestro trabajo no es el de analizar el lugar que ocupa la mujer en las publicaciones de Derecho internacional privado (DIPr.), mucho menos el de cuestionar su posición en los *Cuadernos de Derecho Transnacional*, entre cuyos números los trabajos científicos de las mujeres se cuentan por igual a los de los hombres. Nuestro objetivo es el de visibilizar las situaciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en determinados supuestos afectados por un elemento de internacionalidad y analizar hasta qué punto nuestro legislador y nuestras autoridades ofrecen una respuesta que salvaguarde su dignidad y garantice la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En otras palabras, lo que pretendemos es analizar los problemas que plantean determinadas situaciones de Derecho internacional privado (DIPr.) desde una perspectiva de género, en un intento de ofrecer soluciones que permitan erradicar las situaciones de discriminación, exclusión y maltrato que sufren muchas mujeres en nuestro país².

A estos efectos consideraremos no solo las normas jurídicas en su presentación formal, sino también, y fundamentalmente, el modo en el que son aplicadas por parte de nuestras autoridades, que muchas veces actúan condicionadas por estereotipos de género que les impiden alcanzar una solución del litigio materialmente orientada a salvaguardar los intereses de la mujer en el caso concreto y, de este modo, contribuyen a perpetuar un androcentrismo jurídico que incrementa la vulnerabilidad de la mujer³.

3. Desde esta perspectiva de género, que ha de tener un carácter indefectiblemente transversal, defendemos la necesidad de articular un “sistema de DIPr. de la mujer” que, a semejanza del DIPr. de los menores, se preocupe por salvaguardar su “mejor interés”, aquel que consiste en que su dignidad sea respetada en todos los ámbitos de su vida privada y familiar⁴. Este sistema estará afectado por la normativa internacional y comunitaria sobre derechos fundamentales, y particularmente por las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁵.

¹ S. LARSSON, *Los hombres que no amaban a las mujeres*, Madrid, Destino, 2008.

² En general, *vid.* J. MANTILLA FALCÓN: “Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario”, *Vox Iuris*, nº 32(2), 2016, p.119.

³ *Vid.* M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “El derecho de familia desde una perspectiva de género”, S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 341.

⁴ Por el momento sólo se habla de la autonomía del DIPr. de los menores; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª Ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 380. No obstante, sí se ha planteado, por la mejor doctrina, la posibilidad de configurar un DIPr. para la protección de los adultos; en este sentido, *vid.* A. BORRÁS, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *VVAA, Pacis, Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, T. II, Madrid, *Eurolex*, 2005, p. 1290.

⁵ Ratificado por España el 16 de diciembre de 1983 (BOE nº 69 de 21 de marzo de 1984) y en vigor en nuestro país desde el 4 de febrero de 1984. Ampliamente, sobre el origen de esta Convención y su significado, *vid.* E. Díez PERALTA, “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *REDI*, vol. LXVIII, nº 2, 2011, pp. 87-121; y P. TRINIDAD NÚÑEZ, “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho internacional de los Derechos Humanos”, *RERI*, nº 4, 2012, pp. 125-166.

Como parte de esta Convención, nuestro país no sólo está obligado a condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas (art. 2), sino que se ha comprometido a adoptar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (art. 3). Con esta finalidad la CEDAW nos exige la modificación del papel tradicional atribuido tanto al hombre como a la mujer, así como la eliminación de los prejuicios y de las funciones estereotipadas de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia (art. 5); no en vano los estereotipos de género constituyen una de las causas últimas de la dificultad para avanzar en la eliminación efectiva de todas las formas de discriminación contra las mujeres⁶.

De hecho, el principal obstáculo para conseguir la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el ámbito internacional no es solo la falta de universalidad en el compromiso de los Estados con las Convenciones de Derechos Humanos⁷, sino también la ausencia de una perspectiva de género y libre de estereotipos en la solución de los conflictos que afectan a la vida privada de las mujeres.

4. En el ámbito del DIPr. español se han producido importantes avances en el desarrollo del principio (constitucional) de no discriminación por razón de sexo, que han permitido superar las tradicionales discriminaciones que colocaban a las mujeres en una situación de subordinación y de dependencia. Sobre la base de este principio se han suprimido los puntos de conexión discriminatorios que llevaban a aplicar la ley nacional del marido o del padre; se ha reconocido una autonomía conflictual limitada en materia de Derecho de familia, que favorece el libre desarrollo de la personalidad de hombres y de mujeres; y se ha proyectado nuestra normativa sobre derechos humanos a mujeres extranjeras residentes en nuestro país pero sometidas a sistemas que desconocen el principio de igualdad, a través de la excepción de orden público⁸.

Sin embargo, en muchos casos la solución por parte de nuestras autoridades de los litigios que afectan a la vida privada y familiar de las mujeres se ha llevado a cabo sin tomar en consideración sus necesidades reales, anteponiendo por ejemplo las políticas públicas de control de extranjería a su protección individual en el caso concreto, o perpetuando una identidad genérica femenina que las identifica de manera preferente con la función maternal sin tomar en consideración su libertad personal⁹.

⁶ Vid. G. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, “Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación”, *Oñati Socio-Legal*, vol. 5, nº 2, 2015, p. 503. El concepto de estereotipo de género hace referencia a “una visión generalizada o idea preconcebida sobre los atributos o características que tienen o deberían tener, o sobre los papeles que cumplen o deberían cumplir tanto hombres como mujeres”; vid. R. COOK y S. CUSACKS, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, http://www.law.toronto.ca/utfi_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdg. Sobre el impulso del artículo 5 CEDAW al tratamiento de los problemas jurídicos desde una perspectiva de género, vid. M. CUARTETO RUBIO, “La protección internacional de los derechos de las mujeres”, M. SUÁREZ OJEDA (Coord.), *Género y mujer desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Fundamentos, 2012, p. 443.

⁷ Esta falta de compromiso se observa principalmente en los países islámicos, donde los derechos fundamentales proclamados por los convenios internacionales sobre derechos humanos están limitados en la medida en que su reconocimiento viene determinado por la religión islámica que consagra la superioridad del hombre sobre la mujer. Esta situación se hace mucho más patente en las relaciones familiares, donde la vida de la mujer vale la mitad que la de un hombre. De este modo, al asignar a los individuos roles sociales predeterminados según su sexo, los Derechos individuales se configuran en términos (de disimilitud) difícilmente compatibles con la noción (universal) de Derechos humanos. Esta concepción explica que la Conferencia de los Estados islámicos haya promovido sus propias Declaraciones de Derechos Humanos, basadas en la ley religiosa islámica (la *Sharia*) y no en la dignidad intrínseca a las personas, lo cual desvirtúa el reconocimiento y ejercicio de tales derechos. No es casual que la CEDAW sea la Convención que ha recibido el mayor número de reservas por parte los países islámicos y que el artículo 16, referido al matrimonio y a las relaciones familiares, sea el precepto que ha sido objeto de la mayor parte de estas reservas (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>). Sobre el alcance de estas reservas, vid. J. ROSELL: “Estados islámicos y Derechos de la mujer”, A. MOTILLA DE LA CALLE (Dir.), *Islam y Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 147-150. En general, se refiere a la falta de universalidad de los convenios internacionales sobre derechos humanos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Globalización, pluralidad y Derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-luso-americano de Derecho internacional*, nº 17, 2005, p. 99.

⁸ Vid. A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado”, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 365-381.

⁹ Se ha criticado que, en muchas ocasiones, los litigios que afectan a las mujeres se resuelvan teniendo en cuenta “las necesidades que los hombres, en tanto hacedores y aplicadores de las leyes y detentadores de los núcleos de poder político, social y económico, creen que tienen las mujeres, lo que, aun de manera inconsciente, genera un prejuicio sobre la mujer y sitúa el

5. En las páginas que siguen analizaremos desde una perspectiva libre de estereotipos los problemas de DIPr. que plantean dos instituciones que tradicionalmente han sido abordadas desde una óptica androcéntrica: el matrimonio y la maternidad.

En general, la perspectiva de género resulta imperiosa en la solución de los problemas que plantea el matrimonio, sus efectos y sus crisis¹⁰. Sin embargo es sobre todo en aquellos supuestos en los que está presente un elemento de internacionalidad donde resulta más acuciante intervenir con una perspectiva de género, dadas las diferencias socio-culturales en la concepción de los derechos fundamentales y, muy especialmente, del derecho a la no discriminación por razón de sexo en los distintos ordenamientos jurídicos¹¹. No obstante, no debemos olvidar que la consideración de que son sobre todo las prácticas culturales de las sociedades no occidentales las que resultan intrínsecamente perjudiciales para las mujeres (“discurso multiculturalista”¹²) hace invisibles las discriminaciones que éstas padecen en los países occidentales, donde no se discute el carácter universal de los derechos humanos¹³, pero no se alcanza una igualdad real entre hombres y mujeres.

Desde esta misma “perspectiva sistemática de la igualdad”¹⁴, analizaremos los problemas que plantea la maternidad, tanto cuando se trata de una gestación por sustitución, como cuando suceden situaciones de violencia de género que llevan a una madre a sustraer ilícitamente a sus hijos del lugar de la residencia familiar¹⁵. En ambos supuestos la solución de los conflictos por parte de nuestro legislador y de nuestras autoridades se ha centrado en garantizar el interés superior del menor, olvidando

modelo masculino como la referencia y observatorio desde el que valorar la global actuación de los poderes públicos y de los particulares”; *vid.* Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Discurso de inauguración del Día Internacional de la Mujer 2017 en la Facultad de Derecho de la UAM”, *RJUAM*, nº 35, 2017, p. 13.

¹⁰ Considerando que es fundamentalmente en el marco del Derecho de familia donde mejor se refleja “la dimensión identitaria del género”, *vid.* M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “El derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 340. En este ámbito de la esfera privada, en el que se articulan los roles de género y “se produce y se reproduce la cultura”, la esfera sexual y reproductiva ocupa una posición central; en consecuencia, defender determinadas prácticas culturales puede afectar más a las mujeres; *vid.* S. LABANI MOTLAGH, “Feminismo, identidades culturales y religiosas: algunas claves teóricas y críticas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, p. 92.

¹¹ Sobre los problemas que plantean las “limitaciones domésticas” en la aplicación de las disposiciones de la CEDAW, *vid.* CH. MACCRUDDEN, “Why donational court judges refer to human rights Treaties? A comparative international Law analysis of CEDAW”, *American Journal of International Law*, vol. 109, nº 3, 2015, pp. 534-550.

¹² En relación con este discurso, que lleva a afirmar que el multiculturalismo es perjudicial para las mujeres en la medida en que la gran mayoría de las culturas y las tradiciones son patriarcales y discriminan o excluyen a las mujeres, *vid.* S. M. OKIN, “Is multiculturalism bad for women?”, Princeton, University Press, 1999, pp. 7-26, citado por M. L. FEMENÍAS y G. VIVIELLA, “Multiculturalismo y género. Aportes de la democracia deliberativa”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, p. 28. Desde otro punto de vista, el “discurso multiculturalista” perpetúa otro tipo de estereotipos con los que solamente puede acabarse mediante un mejor conocimiento del Derecho extranjero, investigando “su relación con la desigualdad”; a este respecto, desde las filas más críticas al denominado “feminismo neoliberal”, se ha propuesto desarrollar una visión alternativa al multiculturalismo que nos permita “hacer juicios normativos sobre el valor de las distintas diferencias a partir de su relación con la igualdad”; *vid.* N. FRASER, “Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la “diferencia” en EE.UU.”, http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Multiculturalidad_y_equidad_entre_los_generos.pdf

¹³ *Vid.* A. FACIO y A. VICTORIA, “Los derechos culturales y los derechos de las mujeres son derechos humanos y como tales, deben ser gozados en igualdad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, p. 55. Las autoras utilizan el ejemplo de la Constitución irlandesa vigente desde 1937 cuyo artículo 41.2 dispone expresamente que “(el) Estado reconoce que, a través de su vida en el hogar, la mujer le brinda al Estado un apoyo sin el cual el bien común no puede alcanzarse” y, por lo tanto, el Estado deberá “esforzarse para garantizar que las madres no se vean obligadas, por necesidad económica, a asumir labores en detrimento de sus deberes en el hogar”. Un estudio en profundidad del papel de la costumbre en la configuración de estereotipos de género dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE puede encontrarse en S. SCHADENDORF, “Die EU und die menschenrechtlichen Verträge ihrer Mitgliedstaaten: Divergierende Schutzniveaus am Beispiel der CEDAW”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, nº 2, 2014, pp. 245-281, esp. pp. 259-260 y 262-263.

¹⁴ Parafraseando el subtítulo de la obra colectiva dirigida por M. MORA RUIZ, *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Barcelona, Atelier, 2010.

¹⁵ La violencia de género ha sido también abordada por nuestra disciplina desde otra perspectiva, la del Derecho de extranjería. En este sentido, ampliamente, *vid.* A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Mujer extranjera, violencia doméstica y violencia de género”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2008, pp. 699-712; R. RUEDA VALDIVIA, “Mujer extranjera víctima de violencia de género y Derecho de extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 18, 2008, pp. 81-117; y J. A. TOLEDO LARREA y M. D. ADAM MUÑOZ, “La relevancia del Derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, pp. 81-134.

que es también necesario ofrecer una protección adecuada a la mujer, especialmente vulnerable en estas situaciones.

II. Mujer y matrimonio internacional

6. En muchos países el matrimonio sigue siendo una institución que refleja la desigualdad del hombre y la mujer, consintiendo la poligamia, los matrimonios concertados o el matrimonio de niñas. La pervivencia de la conexión “nacionalidad” en el sistema español de DIPr. para determinar la ley aplicable a los requisitos de capacidad y consentimiento del matrimonio, y la eventual remisión a ordenamientos de países poco o nada respetuosos con el principio de no discriminación por razón de sexo, obliga a aplicar la cláusula de orden público (art. 12.3 CC). De este modo, se protege a las mujeres discriminadas por las normas de su país de origen, pero esta protección puede verse comprometida por la distinta forma en la que nuestras autoridades aprecian la incompatibilidad del Derecho extranjero con el orden público español en el caso concreto.

Con la misma finalidad de garantizar la igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio, debe abordarse la solución de los problemas que se derivan de la irretroactividad de las normas vigentes en nuestro sistema de DIPr. en materia de régimen económico matrimonial, así como efectuar el análisis de las cuestiones que plantean las disposiciones que serán aplicables en un futuro inmediato como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva normativa comunitaria sobre la materia.

Finalmente, la disolución del matrimonio afectada por un elemento de internacionalidad debe abordarse desde esta misma óptica de género, libre de estereotipos, en aras de garantizar la igualdad de acceso de hombres y mujeres a la separación judicial o al divorcio y de favorecer el libre ejercicio de la autonomía conflictual reconocida en este ámbito por las disposiciones legales vigentes.

1. El control de los requisitos de capacidad y consentimiento para la celebración del matrimonio.

7. En nuestro país el matrimonio constituye un derecho constitucional que exige la plena igualdad jurídica entre los contrayentes (art. 32.1 CE y art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Sin embargo, esta igualdad puede verse comprometida cuando, por mandato de nuestras normas de conflicto de leyes, la celebración del matrimonio se somete a ordenamientos jurídicos extranjeros que cuestionan, limitan o niegan este derecho fundamental.

Efectivamente, en el sistema español de DIPr. la determinación de la ley aplicable a los requisitos de fondo para la celebración del matrimonio continúa vinculándose al estatuto personal y a la solución del artículo 9.1 CC, de manera que la capacidad y el consentimiento matrimonial se someten a la ley nacional de cada contrayente¹⁶. Esta conexión, que favorece el respeto a la identidad cultural, puede afectar a la igualdad de los cónyuges en la celebración del matrimonio, pues en muchos sistemas éste sigue siendo una institución en la que se desconoce la igualdad del hombre y la mujer, se admite la poligamia, se permiten los matrimonios concertados, que en muchas ocasiones se convierten en forzosos, o se acepta el matrimonio de niñas.

8. Ciertamente, las sociedades multiculturales se construyen sobre la idea de respeto de la identidad cultural, pero este principio de tolerancia tiene su límite en la observancia de los derechos fundamentales y, muy especialmente, del principio de igualdad entre las mujeres y los hombres¹⁷. Con la fina-

¹⁶ En otro sentido, considerando que el consentimiento matrimonial se somete a la *lex auctoritatis*, vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 215-219; y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración del matrimonio y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 178-188.

¹⁷ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado”, *R.D.P.*, 1998, p. 548. En el mismo sentido, vid. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº 6, 2001, p. 8.

lidad de salvaguardar este principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, el sistema español de DIPr. permite corregir la aplicación de la ley nacional de los cónyuges a la que remite el artículo 9.1 CC a través del juego de la cláusula de orden público que se contiene en el artículo 12.3 CC. Esta excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto puede aplicarse tanto antes de la celebración del matrimonio, en el momento de tramitación del expediente matrimonial, como con posterioridad, cuando se pretenda su inscripción en nuestro Registro Civil.

No se discute que es en el momento de tramitación del expediente matrimonial cuando deben controlarse las condiciones relativas a la capacidad nupcial legalmente exigidas por nuestro ordenamiento jurídico, lo que impide la celebración en España, y el acceso a nuestro Registro Civil, de una de las formas de matrimonio que en mayor medida atenta contra la dignidad de la mujer, el matrimonio poligámico. Más controvertido resulta que sean las autoridades administrativas las que en dicho momento comprueben la veracidad del consentimiento matrimonial¹⁸, de forma que la mera tramitación del referido expediente no puede servir como mecanismo efectivo de lucha contra una de las formas de violencia contra la mujer especialmente perseguida en el ámbito internacional, el matrimonio forzoso.

En ninguno de estos supuestos el control de compatibilidad del ordenamiento extranjero con el orden público español debe llevar a una aplicación estrictamente formal del principio de igualdad, que no permita proteger a la mujer en el caso concreto. Para evitar los efectos perversos de una aplicación *tout court* de nuestro orden público, las autoridades judiciales y extrajudiciales deberán actuar libres de estereotipos (culturales), limitando su intervención a aquellos casos en los que resulte absolutamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales de la mujer¹⁹.

A) Matrimonios poligámicos y discrecionalidad de las autoridades en el reconocimiento de sus efectos

9. A través del control del impedimento de ligamen nuestras autoridades evitan el acceso al Registro Civil español de los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en el extranjero, particularmente atentatorios contra la dignidad de la mujer y la igualdad de los cónyuges en el matrimonio²⁰, y tipificados como delito en el artículo 217 CP. Sin embargo, el tratamiento de esta institución por las autoridades españolas desde una perspectiva de género obliga a una consideración particular de las circunstancias del caso concreto, que evite sanciones apriorísticas y/o efectos perjudiciales para la mujer víctima de esta forma de matrimonio.

10. Desde este punto de vista, el hecho de que el impedimento de ligamen constituya un requisito de capacidad matrimonial de orden público no debe impedirnos reconocer la validez de los matrimonios potencialmente poligámicos, es decir, celebrados conforme a una ley que admite la poligamia, siempre y cuando se trate del primer vínculo conyugal de ambos contrayentes.

Una solución en este sentido se corresponde con una aplicación de la excepción de orden público atenta a las circunstancias del caso concreto y sensible a la situación real de la mujer, es decir, con perspectiva de género²¹. Por eso sorprenden decisiones como la de la DGRN en su Resolución de 28 de

¹⁸ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Nota" a la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de conveniencia, *REDI*, nº LVIII, 1, 2006, pp. 473-477. En otro sentido, considerando que en el expediente matrimonial debe acreditarse, entre otros extremos, la no concurrencia de ningún otro obstáculo para la celebración, lo que incluye un control de la autenticidad "anticipada" del consentimiento matrimonial; vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Granada, Comares, 2017, p. 132.

¹⁹ En este mismo sentido, A.-L. CALVO CARAVACA se ha referido a la necesidad de reducir la acción del orden público a sus justos límites; vid. "El "Derecho internacional privado multicultural" y el revival de la ley personal", *La Ley*, nº 4988, 2012.

²⁰ Para el Comité CEDAW esta práctica "infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para los familiares a su cargo, que debe desalentarse y prohibirse. El Comité observa con preocupación que algunos Estados Parte, en cuyas Constituciones se garantiza la igualdad de derechos, permiten la poligamia de conformidad con el derecho de la persona o el derecho consuetudinario, lo que infringe los derechos constitucionales de la mujer y viola las disposiciones del inciso a) del artículo 5 de la Convención"; vid. Recomendación general nº 21 n. 14 en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm>

²¹ Sirva como ejemplo la SAP de Huesca (sección 1ª) de 31 de julio de 2017 (JUR 2017\233521), en la que el tribunal oscene confirma la validez de la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Gambia teniendo en cuenta

agosto de 2015 por la que se deniega la inscripción de un matrimonio celebrado en el Reino de Bahréin entre una ciudadana de origen marroquí nacionalizada española y un ciudadano de nacionalidad libanesa por el solo hecho de que la legislación sunní aplicable para determinar la capacidad del varón permite la poligamia. Pese a tratarse del primer vínculo matrimonial de ambos cónyuges, la DGRN sostiene que “es indiferente que el contrayente esté divorciado de los matrimonios anteriores de manera definitiva de acuerdo con la legislación islámica. Lo que es determinante (...) es que la poligamia, junto al repudio son elementos fundamentales del matrimonio islámico que no pueden ser admitidos de ningún modo por aplicación del orden público internacional”²². Esta Resolución, que olvida que el único matrimonio que puede ser contrario al orden público español es el matrimonio real o actualmente poligámico, se enmarca en una reciente línea de actuación de la DGRN por la que se impide el registro de matrimonios ya celebrados con arreglo a una legislación que admite la poligamia, en la que prima el control de extranjería frente a la lucha contra esta forma de matrimonio²³. En otras palabras, la actuación de la DGRN adolece de la (necesaria) perspectiva de género desde la que debe abordarse el control de la compatibilidad de los matrimonios poligámicos con nuestro orden público.

11. Por otra parte, la consideración de las circunstancias en las que se encuentra la mujer en el caso concreto puede tener como consecuencia el reconocimiento de determinados efectos (secundarios) del matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero, a pesar de la contrariedad de este vínculo con el orden público español²⁴. De hecho, sobre la base de un fundamental principio de justicia material en el caso concreto se ha venido generalizando una aplicación flexible (atenuada) de la excepción de orden público que permite proteger a la mujer víctima de un matrimonio poligámico sin que ello suponga cuestionar la incompatibilidad de este vínculo con nuestro ordenamiento jurídico. Así sucede cuando se reconocen derechos sucesorios a la segunda esposa, derecho a pensión de viudedad por parte de las distintas esposas o derecho de alimentos y pensión compensatoria para el segundo cónyuge²⁵.

Ahora bien, el distinto alcance y la discrecionalidad con la que se reconocen estos efectos periféricos del matrimonio poligámico por parte de nuestras autoridades plantea serios problemas de inseguridad jurídica, que pueden también comprometer el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. Estas divergencias se observan entre los distintos órdenes jurisdiccionales e incluso, dentro de ellos, entre los diferentes tribunales que reconocen diversos efectos atenuados a este tipo de matrimo-

que el actor solo ha contraído matrimonio una vez y que ha reagrupado en España a su familia. “Es verosímil que el demandante, al momento de casarse en Gambia, no tuviera otra opción que aceptar el matrimonio legal celebrado bajo la ley islámica, pero una cosa es que la Sharia contemple la poligamia y otra que el actor haya ejercido esta opción o tenga intención de ejercerla. Una vez inscrito el matrimonio en el Registro Civil Central, ningún otro eventual matrimonio que pudiera contraer el actor merecerá la protección del Derecho español, cuya integración en la sociedad española, por otra parte, no ha quedado en absoluto desvirtuada en este proceso. Procede por todo ello mantener lo resuelto en la instancia”.

²² JUR 2016\43483.

²³ Muy crítica con esta actuación de la DGRN, que destila “el aroma a prejuicios islámicos”, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Nota” a la RDGRN (202ª) de 28 de agosto de 2015, de 26 de enero de 2016, *AEDIPr.* T. XVI, 2016, pp. 1322-1325. En otro ámbito –el de la concesión de la nacionalidad española– se ha criticado también, por desproporcionada, la apreciación *in abstracto* del Derecho extranjero que admite la poligamia, sin distinguir entre la poligamia *de iure* y la poligamia *de facto*; *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nota” a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 de febrero de 2010, *REDI*, vol. LXII, nº 1, 2010, pp. 245-248. También sobre los prejuicios (culturales) que llevan a las autoridades administrativas a denegar sistemáticamente las solicitudes de inscripción de matrimonio presentadas por españolas nacionalizadas pero originarias de países que admiten la poligamia, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *REDI*, vol. 69, nº 2, 2017, p. 112.

²⁴ *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí”, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAOUY y M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado marroquí*, Vol. I, Madrid, Fiiiaap, 2009, pp. 37-44. En el mismo sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *kafala*)”, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2009, p. 247; y A. QUIRÓS FONS, *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 202.

²⁵ *Vid.* M. ADAM MUÑOZ, *La protección de las mujeres en una sociedad multicultural*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, p. 93. Ampliamente sobre esta cuestión, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “El harem desde Occidente: la protección de la mujer en el sistema español de DIPr.”, J. SOROETA LICERAS (Dir.), *Conflictos actuales en el mundo árabe e islámico. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. IX, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 27-45.

nio²⁶; pero quizás la mayor contradicción la observemos en la incoherencia que supone no permitir la inscripción de un matrimonio poligámico en nuestro Registro Civil y sin embargo admitir la reagrupación en nuestro país de una segunda u ulterior esposa al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx)²⁷.

Estas contradicciones y la excesiva incertidumbre que tiñen el tratamiento de la poligamia por nuestros tribunales exige una intervención del legislador que, como veremos, también se requiere en otros ámbitos, donde el voluntarismo judicial ha sustituido a la (imperiosa) labor legislativa²⁸. No se trata de admitir la poligamia, pues entendemos que supone un atentado grave contra la dignidad de la mujer y el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, sino de regular sus efectos con la finalidad de proteger el “interés de la mujer” en el caso concreto²⁹.

B) La lucha contra los matrimonios forzosos

12. El análisis de la compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico de los matrimonios afectados por un elemento de internacionalidad desde una perspectiva de género nos obliga a prestar especial atención al control de la edad núbil y del consentimiento libre de los contrayentes, en un intento de erradicar una de las formas de violencia de género más opresora para las mujeres, los matrimonios forzosos, que roban su infancia y su dignidad³⁰.

²⁶ En nuestra doctrina, P. JUÁREZ PÉREZ ha resumido la respuesta judicial española a la poligamia en los siguientes términos: “la jurisdicción civil la ignora, negándole toda validez y efecto jurídico; la penal la condena, manteniendo su tipificación, si bien con menos virulencia; la contenciosa la rechaza, vinculando la condición de polígamo con la denegación de la nacionalidad española; y la social la tolera de forma intermitente, concediendo ocasionalmente pensiones de viudedad que traen causa en matrimonios poligámicos cuya validez no admite”; *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzado?”, *REEI*, nº 23, 2012, p. 41.

²⁷ La falta de perspectiva de género en la regulación del derecho de reagrupación familiar por este precepto deriva del hecho de que, a su tenor, la esposa reagrupada no tiene que ser necesariamente la primera, pues la ley no constriñe la elección del varón reagrupante, a quien implícitamente se reconoce el derecho a elegir la esposa que ha de beneficiarse de la reagrupación; *vid.* A. MONTILLA DE LA CALLE, “Multiculturalidad, derecho islámico y ordenamiento secular: los supuestos de poligamia y el repudio”, M. C. BARRANCO AVILÉS (Coord.), *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 203. De este modo, al permitir que el residente polígamo reagrupe a cualquiera de sus cónyuges, la solución del artículo 17 LOEx es la que realmente atenta contra los derechos fundamentales de las esposas e hijos discriminados por su elección y no el modelo familiar poligámico; en este sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 180-181; *ibidem*, “Nota” a la STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única) de 30 de julio de 2003, *REDI*, vol. 56, nº 1, 2004, p. 422. Por estas razones la poligamia se ha calificado como el “Talón de Aquiles” en la reagrupación familiar; en este sentido, *vid.* M. VARGAS GÓMEZ-ÚRRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 235.

²⁸ En el ordenamiento jurídico español encontramos un antecedente legislativo en materia de poligamia en la normativa reguladora de las antiguas colonias de Ifni y Sáhara (art. 7 de la Ley 8/1961, de 19 de abril, de Organización del Régimen Jurídico de la Provincia del Sáhara), que establecía un régimen jurídico permisivo en virtud del cual se respetaba el estatuto personal islámico de los nacionales de la provincia, reconociendo efectos a los matrimonios poligámicos celebrados entre ellos, mientras que para el resto de los españoles la monogamia constituía un principio esencial del matrimonio. Sobre estos antecedentes históricos, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *REEI* nº 30, 2015, pp. 8-14. Desde otro punto de vista se han invocado, en apoyo de esta regulación, las negociaciones previas a la firma del Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Islámica de España y el Estado español, en cuyo marco se efectuó una petición formal al respecto; con la misma finalidad se ha alegado el cambio en la concepción del matrimonio por el Derecho español tras la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo; en este sentido, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española...”, *loc.cit.*, pp.10-13.

²⁹ En otro sentido, justificando la regulación de la poligamia para proteger a la familia y el interés superior del menor, *vid.* F. DI PRIETO, “La poligamia e il ricongiugimento di famiglie poligamiche in Spagna e Italia”, *CDT*, vol. 7, nº 1, 2015, p. 68.

³⁰ Los estudios sobre la materia indican no solo una mayor prevalencia de matrimonios forzosos entre las mujeres y las niñas, sino que el impacto de estos matrimonios es más grave en estos casos, dado el mayor riesgo de que mujeres y niñas sufran posteriores abusos sexuales y se atente contra su salud reproductiva; *vid.* N. TORRES ROSELL, “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 843-844. Ampliamente, sobre esta forma de violencia de género, *vid.* M. VIDAL GALLARDO, “Ilegalidad del matrimonio forzado como manifestación de una forma de violencia de género. (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, nº 40, 2016, pp. 1-32. Sobre la necesidad de abordar la protección de las mujeres víctimas o potenciales víctimas de los

13. Desde el punto de vista legislativo, la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio en España tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la reforma del artículo 48 CC –que recogía la dispensa de edad a partir de los catorce años–, favorecerá la lucha contra los matrimonios forzosos, pues en la mayoría de los casos las víctimas son niñas³¹. Del mismo modo, la tipificación como delito del matrimonio forzado en el artículo 172 *bis* CP es una forma de combatir este tipo de matrimonios que atentan contra la libertad de la mujer para elegir y decidir sobre su propia vida³².

14. Más controvertido resulta que la lucha contra los matrimonios forzosos pueda también llevarse a cabo en el momento de tramitación del expediente matrimonial, o al tiempo de instar su inscripción en el Registro Civil, mediante el control de las condiciones en las que la mujer presta el consentimiento.

Ciertamente la calificación registral no puede obviar la ausencia de consentimiento, pero tampoco puede aceptarse que el Encargado del Registro Civil valore las condiciones de consentimiento que no se refieran a su ausencia absoluta, de manera que no le corresponde a él ponderar la existencia de intimidación que concurre en los matrimonios forzosos³³. De otro modo, puede comprometerse el *ius connubii* de la mujer³⁴, tal y como sucede en relación con los matrimonios de conveniencia, cuya inscripción en el Registro Civil viene siendo generalmente denegada por la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) que sigue en este ámbito una línea de actuación claramente condicionada por la política de extranjería³⁵.

matrimonios forzosos desde una perspectiva “interseccional” que tenga en cuenta el conjunto de los factores de subordinación que concurren en este supuesto (raza, etnia, comunidad cultural, edad, clase social), *vid.* N. IGAREDA GONZÁLEZ, “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”, *Oñati Socio-legal*, vol. 5, nº 2, 2015, pp. 613-624. También, *vid.* A. AGUILERA RULL, “Edad núbil y consentimiento matrimonial”, T. Torres García (Dir.), *Construyendo la igualdad, La feminización del Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 398.

³¹ *Vid.* M. J. ELVIRA BENAYAS, “Matrimonios forzosos”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, p. 712. Hasta el momento de la promulgación de la LJV la intervención del correctivo de orden público frente a la aplicación de la ley personal para la determinación de la edad núbil se limitaba por la propia permisividad del Derecho español; sin embargo, actualmente, al elevar a dieciséis años la edad mínima para contraer matrimonio es previsible que se produzca un reforzamiento de esta exigencia de orden público, que impida el matrimonio de menores de edad; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 436. No ha ocurrido así en Marruecos, donde la elevación de la edad núbil para contraer matrimonio a los 18 años no ha impedido el matrimonio de menores debido al elevado número de dispensas que las autoridades marroquí conceden; en relación con esta cuestión, y sobre la necesidad de incrementar los medios materiales y humanos para luchar contra una de las cuestiones más controvertidas del Derecho de familia marroquí, *vid.* M. MONJUD, “Le mariage du mineur en Droit marocain”, *RIDC*, nº 1, 2015, pp. 207-223.

³² *Vid.* T. PERAMATO MARTÍN, “Matrimonio infantil, precoz y forzado (1ª Parte)”, *La Ley*, nº 8965, 2017, p. 2. En la doctrina penalista española la tipificación expresa del matrimonio forzado como delito ha sido objeto de un importante debate que recoge F. CISNEROS ÁVILA, “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del Código Penal”, *La Ley* nº 9072, 2017, pp. 1-9.

³³ *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN de los matrimonios de conveniencia”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Ed.), *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, p. 270.

³⁴ Sobre la necesidad de alcanzar en este ámbito un equilibrio entre el *ius connubii* y el Derecho de extranjería, *vid.* M. N. SHÜLLEABHÁIN, “The right to marry, the right to respect for family life, the prohibition on discrimination and international marriage”, J. J. FAWCET, M. N. SHÜLLEABHÁIN y S. SHAH, *Human Rights and private international Law*, Oxford, University Press, 2016, pp. 581-670, esp. pp. 588-589.

³⁵ *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *REDI*, vol. 69, 2, 2017, p. 95. En el mismo sentido, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La calificación jurídica del “matrimonio de conveniencia”: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial”, *REDI*, vol. LIX, nº 2, 2007, p. 628. Esta “lamentable contaminación” del Derecho matrimonial por el Derecho de extranjería (*vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina...”, *loc. cit.*, p. 271) está también presente en el artículo 4.5 de la Directiva 2003/83/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251 de 3 de septiembre de 2003). Con la finalidad de evitar los matrimonios forzosos, el precepto permite a los Estados miembros UE “exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante”. Se ha señalado, con acierto, que “ningún argumento puede (...) apoyar un precepto que se fundamenta en una filosofía en la que se discrimina bajo dudas y presunciones al solicitante y su cónyuge en atención a su edad”; *vid.* E. GÓMEZ CAMPELO, “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 12, 2009, p. 83.

15. Por consiguiente, la lucha contra esta forma de matrimonio debe llevarse a cabo en otro momento, ante las autoridades judiciales³⁶, a través de medidas represivas como el ejercicio público de la acción de nulidad³⁷, en una forma que dé cumplimiento al mandato del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, que se firmó en Estambul el 11 de mayo de 2011 y entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2014³⁸. El Convenio obliga a las Partes a tomar las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos, sin que esto suponga cargas económicas o administrativas excesivas para la víctima (art. 32). Las Partes deberán también adoptar las medidas adecuadas para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o a un menor a contraer matrimonio (art. 37), y deberán velar por que las investigaciones o procedimientos relativos a los matrimonios forzosos no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima (art. 55.1).

En definitiva, la lucha efectiva contra los matrimonios forzosos en el ámbito civil exige una actuación de las autoridades públicas comprometida con el respeto de la igualdad y la dignidad de la mujer³⁹, es decir, incluyendo un enfoque de género en la erradicación de esta forma de violencia contra la mujer.

2. La determinación de ley aplicable al régimen económico matrimonial

16. Los principios de igualdad de los cónyuges y de libertad para regular su régimen económico matrimonial fueron declarados de obligado cumplimiento, con independencia del Derecho material aplicable, durante la celebración de la 5ª Conferencia de la Comisión de Derecho de familia europeo (“*Family Law in Europe: new developments, challenges and opportunities*”), en cuyo seno se analizó la (entonces) Propuesta de Reglamento comunitario sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales⁴⁰.

En el presente apartado analizaremos hasta qué punto las soluciones del Reglamento finalmente aprobado en esta materia garantizan ambos principios, también inspiradores de las soluciones contenidas en los artículos 9.2 y 9.3 CC actualmente vigentes, pero cuya eficacia puede verse comprometida por la irretroactividad de estos preceptos.

A) La irretroactividad de los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil

17. El principio de igualdad entre los cónyuges informa el sistema español de DIPr. actualmente vigente en materia de régimen económico matrimonial. Ninguna duda cabe de que el mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo obliga a las autoridades españolas a controlar la compatibilidad del Derecho extranjero declarado aplicable por nuestras normas de conflicto con dicho principio, de forma que en caso de infracción se activa la excepción de orden público del artículo 12.3 CC.

Sin embargo, el alcance del principio de igualdad de los cónyuges en sus relaciones matrimoniales se ha visto comprometido en la práctica por la irretroactividad de las soluciones contenidas en los artículos 9.2 y 9.3 CC, modificados por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, para eliminar la conexión anterior, que llevaba a la aplicación de la ley nacional (vecindad civil) del marido. En efecto, los principios de seguridad y estabilidad sobre los que se construye el sistema español de determinación de los efectos del matrimonio han impedido una aplicación retroactiva de estos preceptos, olvidando que la

³⁶ Así se deduce de lo establecido en la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 6 de abril de 2017 (Roj: STS 1486/2017), en la que nuestro Alto Tribunal expresamente señala que “mientras no haya una declaración judicial que así lo declare, el matrimonio como tal es válido y produce los efectos que le son propios”.

³⁷ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina...”, *loc. cit.*, p. 273.

³⁸ BOE núm. 137 de 6 de junio de 2014.

³⁹ Vid. T. GARCÍA SEDANO, “El Convenio de Estambul. Desafíos en su aplicación por el Reino de España”, *La Ley*, nº 10287, 2017, pp. 1-12.

⁴⁰ Resumen las conclusiones de esta Conferencia P. QUINZÁ REDONDO y J. GRAY, “La Comisión de Derecho Familia Europeo y la armonización del régimen económico matrimonial. Conclusiones de la 5ª Conferencia “*Family Law in Europe. New developments, challenges and opportunities*””, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, 2015, pp. 809-816.

aplicación de las conexiones discriminatorias de 1974 contraviene el principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución, cuya Disposición Derogatoria Tercera provoca su efectiva derogación⁴¹.

Un ejemplo reciente de esta forma de actuación sin perspectiva de género la encontramos en la Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 2017, en la que el Órgano Directivo ignora el postulado constitucional de igualdad entre los cónyuges y aplica la ley nacional del marido al régimen económico de un matrimonio entre una ciudadana española y un nacional polaco celebrado en Londres en 1959⁴². La DGRN declara expresamente que “la promulgación de la Constitución Española, por lo que se refiere a esta materia, afecta a los matrimonios contraídos con su entrada en vigor (29 de diciembre de 1978), no siendo aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad. Tampoco son aplicables retroactivamente los puntos de conexión introducidos por la Ley de 15 de octubre de 1990, ya que tal retroactividad afecta a derechos adquiridos y la seguridad jurídica”. Sobre esta base la DGRN establece que, a falta de nacionalidad común, tanto los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, como los contraídos con anterioridad a la Constitución Española, se rigen por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración. Sin embargo, a continuación, la DGRN dispone que para los matrimonios celebrados tras la entrada en vigor de la Constitución Española hasta la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990, deberá estarse a lo establecido en la STC 39/2002 de 14 de febrero, por la que se declara inconstitucional el artículo 9.2 CC en su redacción de 1974. Para estos casos, la DGRN se remite a la doctrina establecida en su Resolución anterior, de 9 de julio de 2014, que permite una determinación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio basada en el acuerdo de los cónyuges sobre las circunstancias fácticas concurrentes en el momento de celebración del matrimonio, en una suerte de reconocimiento retroactivo de la aplicación de una determinada ley⁴³.

18. Frente a este tipo de decisiones, de redacción confusa y que pueden llevar a la reviviscencia de un punto de conexión claramente discriminatorio para la mujer, defendemos una aplicación abiertamente retroactiva del artículo 14 CE, sin restricciones, de manera que la laguna generada en supuestos como el que dio origen a la referida decisión de la DGRN, se cubra mediante la aplicación de las conexiones actualmente vigentes, en concreto, mediante la aplicación de la ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio⁴⁴.

No obstante, esta solución materialmente orientada a garantizar el principio de igualdad de los cónyuges, no permite paliar todas las deficiencias de nuestro sistema de DIPr. en la materia, en particular las referidas al limitado reconocimiento de la autonomía conflictual por el artículo 9.2 CC, que restringe las posibilidades de elección de ley a aquellos supuestos en los que los cónyuges no ostenten una nacionalidad común al tiempo de la celebración del matrimonio. Esta situación se verá modificada a partir del 29 de enero de 2019, fecha en la que, con carácter general, entrará en vigor el Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales (Reglamento 2016/1103)⁴⁵. En el siguiente apartado analizaremos

⁴¹ STC núm. 39/2002, de 14 de febrero, RTC 2002\39. Téngase en cuenta que los artículos 9.2 y 9.3 CC estaban derogados por las disposiciones de los artículos 14 y 32.1 CE sin necesidad siquiera de declaración de inconstitucionalidad por el TC; sobre esta cuestión, *vid.* A. BORRÁS, “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n° 1, 1991, p. 234.

⁴² RJ2017\1387.

⁴³ RJ2014\4480. Critica esta decisión, por entender que no puede ser generalizada a todos aquellos supuestos en los que se trata de determinar la ley aplicable al régimen económico de los matrimonios celebrados con anterioridad a la promulgación de nuestra Constitución, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en su “Nota” a la RDGRN de 9 de julio de 2014, *REDI*, vol. 67, n° 2, 2015, pp. 228-231.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* AAP Girona (secc. 2ª), de 19 de enero de 2011 (JUR\2011\18732). Defienden también la búsqueda de soluciones analógicas, esencialmente basadas en la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 469.

⁴⁵ DOUE L 183 de 8 de julio de 2016. Una primera aproximación al nuevo Reglamento puede encontrarse en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, 2016, pp. 1-25. Para una clara sistematización de las soluciones de este Reglamento, *vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Dossier especial. Los reglamentos europeos sobre compe-

hasta qué punto las nuevas soluciones favorecerán efectivamente los principios de libertad personal e igualdad que nuestro sistema interno compromete.

B) La solución del Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, sobre regímenes económicos matrimoniales

19. El sistema del Reglamento 2016/1103 se articula sobre la base del respeto a los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en particular del respeto de la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (*cf.* Cdo. 73). Estos principios permiten a los Estados miembros participantes en el Reglamento limitar la determinación del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial tanto de forma positiva, a través del juego de las normas materialmente imperativas, como de manera negativa, mediante la aplicación de la excepción de orden público.

20. En efecto, por un lado, el artículo 30 del Reglamento 2016/1103 limita la aplicación de la norma de conflicto por la que se determina la ley aplicable al régimen económico matrimonial por el juego de las leyes de policía del foro⁴⁶, definidas como aquellas “disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial”. Por consiguiente, podrán protegerse por esta vía directa los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico de carácter indisponible que integran el denominado “régimen matrimonial primario”, dentro del cual se incluye la igualdad de los cónyuges o su independencia patrimonial⁴⁷.

tencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial y en materia de relaciones patrimoniales de uniones registradas”, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 262-268.

⁴⁶ En defecto de elección por los cónyuges del Derecho aplicable conforme a lo dispuesto en los artículos 22 a 25 del Reglamento 2016/1103, el régimen económico del matrimonio se someterá a la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o en su defecto a la ley del Estado de su nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio; o subsidiariamente, a la ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 26.1). Excepcionalmente, el juez podrá descartar el punto de conexión “residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio” y aplicar la ley de otro Estado, a instancia de cualquiera de los cónyuges, si el demandante demuestra que estos tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un periodo de tiempo considerablemente más largo que el Estado donde tuvieron su residencia habitual común tras la celebración del matrimonio y ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales (art. 26.3). Sobre la estructura y el alcance de esta norma de conflicto; *vid.* I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *JDI*, nº 2, 2017, pp. 494-505. En particular sobre la cláusula de excepción que corrige el alcance de la conexión “residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio”, *vid.* P. QUINZÁ REDONDO, “La “cláusula de excepción” del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (Dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 301-312.

⁴⁷ En general, podrán protegerse por esta vía directa aquellos derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico de carácter indisponible, que integran el denominado “régimen matrimonial primario”, dentro del que se incluyen las normas para la protección de la vivienda familiar. En este sentido, el Considerando 53 del Reglamento 2016/1103 se refiere explícitamente a las normas para la protección de la vivienda familiar como ejemplo de “leyes de policía”, si bien, en nuestra doctrina, ha sorprendido que sean las normas de protección de la vivienda familiar del foro las que se impongan y reclamen su aplicación y no las del lugar donde se encuentra esa vivienda; en este sentido, *vid.* B. AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA, *Persona y familia...*, *op. cit.*, p. 270. Ampliamente, sobre el alcance del régimen matrimonial primario, *vid.* J. P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación –fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: El Reglamento 2016/1103”, *RGDE* nº 41, 2017, p. 211; *ibídem*, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 44-47. Para un riguroso estudio de Derecho comparado sobre el régimen matrimonial primario, *vid.* H. MOTA, *Os efeitos patrimoniais do casamento em Direito internacional privado*, Coimbra, Coimbra Ed., 2012, pp.175-297.

21. Por otro lado, el artículo 31 del Reglamento 2016/1103 obliga a descartar la aplicación de una ley extranjera cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Es cierto que, en general, todos los sistemas europeos tienen como principio el reparto equitativo de los bienes en la disolución del régimen económico matrimonial, bien mediante la división igualitaria, en caso de gananciales, bien mediante un reparto de los incrementos en los regímenes de participación o con atribuciones judiciales discrecionales, como sucede en los sistemas de *common law*⁴⁸. Sin embargo, no ocurre lo mismo en otros países, cuya ley puede ser declarada aplicable en virtud de las disposiciones del Reglamento, dado su carácter universal (art. 20), por lo que es importante dotar al sistema de una cláusula especial de orden público. De este modo puede impedirse la aplicación en el foro de leyes que reconocen atribuciones patrimoniales a la esposa sobre la base de criterios claramente discriminatorios.

En todo caso, la aplicación de esta excepción de orden público debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, tal y como se infiere de lo dispuesto en el Considerando 54 del propio Reglamento, y la función que determinadas instituciones ajenas al Derecho del foro cumplen en el país de origen. En consecuencia, no debería descartarse sin más la aplicación del Derecho extranjero, inicialmente discriminatorio, si aplicado en el caso concreto se satisface el interés de la mujer. Así, por ejemplo, el *mahr* de los ordenamientos de raíz islámica puede calificarse como un verdadero “peaje” a pagar por la esposa para poder ejercer su derecho a instar la disolución del matrimonio, y por lo tanto absolutamente contrario al principio de igualdad de los cónyuges, de manera que su aplicación debería ser descartada en el foro. Sin embargo, si su función es la de compensar económicamente a la mujer por la ruptura (aunque sea consecuencia de un repudio válida y eficazmente verificado en el extranjero), el juego *in abstracto* de la excepción de orden público y el consiguiente rechazo a la aplicación del Derecho extranjero, en cuyo marco se regula esta particular atribución patrimonial a la esposa, no solo “pecaría de integrista”⁴⁹, sino que impediría satisfacer el interés de la mujer, que acepta esta compensación económica por su ruptura matrimonial, lo que llevaría a una solución del litigio sin perspectiva de género.

Desde otro punto de vista, la perspectiva de género en la solución de los problemas que plantea la regulación del régimen económico matrimonial exige un control del ejercicio de la autonomía conflictual reconocida expresamente a los cónyuges por el artículo 7 del Reglamento 2016/1103, fielmente inspirado en la solución adoptada en materia de crisis matrimonial⁵⁰, cuyo análisis abordamos en el siguiente apartado.

3. El acceso de la mujer a la disolución del vínculo matrimonial

22. La aceptación de un mayor margen de libertad personal en el tratamiento material de las situaciones de crisis matrimonial, en su doble vertiente, de posibilidad de disolver el matrimonio y de autonomía para establecer las consecuencias personales y patrimoniales de la ruptura, trasciende al ámbito del DIPr. y se traduce en el reconocimiento de una autonomía conflictual que permite a los cónyuges (aun de manera limitada) elegir el Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio.

⁴⁸ Vid. B. BRAAT, “Matrimonial Property Law: Diversity of Forms, Equivalence in Substance?”, M. ANTOKOLSKAIA (Ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Oxford, Antwerpen, 2007, p. 242.

⁴⁹ La misma solución debe adoptarse en relación con la dote cuando desenvuelve una función útil a los intereses de la esposa (dimensión alimenticia de la dote); sobre ambas cuestiones, vid. L. F. CARRILLO POZO, “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *CDT*, vol. 4, nº 1, 2012, pp. 118-119. En el mismo sentido, vid. J. P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 376-377. Por su parte, E. RODRÍGUEZ PINEAU se refiere a la “fungibilidad de las normas si los fines que persiguen son equivalentes a los que impondría la *lex fori*”, de manera que solo cuando los principios de orden público no resulten suficientemente asegurados podremos excluir la aplicación de la norma extranjera por contrariedad con el orden público español; vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 97.

⁵⁰ Esta “*optio iuris*” se erige en un instrumento de una estrategia patrimonial en materia de familia que permite restablecer la coherencia del Derecho aplicable y sirve para anticipar las consecuencias de una eventual separación de los cónyuges. En este sentido, vid. I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux...”, loc. cit., p. 497. No obstante este paralelismo, debe tenerse en cuenta que al amparo del artículo 7 del Reglamento 2016/1103, pese al carácter universal de sus disposiciones, únicamente se permite la elección de la ley de un Estado miembro UE. Llama la atención sobre esta circunstancia P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Riv. dir. int. priv. e proc.* nº 3, 2016, p. 682.

Por otra parte, la limitación del papel del Estado, cuya intervención en esta materia debe circunscribirse a la valoración de las consecuencias que tiene la extinción del vínculo matrimonial para los cónyuges y a la protección de los miembros más débiles de la familia, garantizando la igualdad del hombre y la mujer en el acceso al divorcio, condiciona el alcance de la excepción de orden público generalmente aplicable para corregir los efectos en el foro de las disposiciones de Derecho extranjero que contravengan este derecho fundamental.

En este apartado abordaremos el alcance de ambas cuestiones en el marco del Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (RRIII)⁵¹. A través de este análisis comprobaremos hasta qué punto es necesaria una aplicación del sistema de DIPr. vigente con una perspectiva de género que garantice el acceso de la mujer a la disolución del vínculo matrimonial en condiciones de igualdad.

A. Garantías para el libre ejercicio de la autonomía conflictual

23. El artículo 5 RRIII reconoce a los cónyuges una autonomía conflictual limitada a aquellas leyes que presentan una vinculación significativa (razonable) con la situación litigiosa. Esta libertad de elección se corresponde con un sistema de competencia judicial internacional articulado sobre la base de una pluralidad de foros alternativos (electivos) que incrementan exponencialmente las posibilidades de los cónyuges de acudir a tribunales de distintos Estados para solucionar su crisis matrimonial (*cf.* art. 3 Reglamento 2201/2003, 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, RBIIbis)⁵². Sin embargo, esta libertad de elección puede verse limitada por el juego de otras disposiciones del RRIII, salvo que en su aplicación adoptemos una perspectiva flexible y de género.

24. Por un lado, la operatividad de los foros alternativos del artículo 3 RBIIbis podría verse condicionada por la disposición contenida en el artículo 13 RRIII, que permite a los Estados miembros que no reconozcan la validez del matrimonio abstenerse de conocer de las demandas de separación judicial o de divorcio que se les planteen. Así, por ejemplo, si ante el tribunal español del lugar de residencia habitual de los cónyuges se interpone una demanda de divorcio por una mujer víctima de un matrimonio poligámico, nuestro tribunal podría declinar su competencia en la medida en que no reconoce dicho vínculo, obligando a la mujer a seguir sometida a esta forma indigna de matrimonio.

El artículo 13 RRIII no solo choca con el principio de *favor divortii* sobre el que se construye el sistema del RBIIbis, sino que además impide una solución del litigio con perspectiva de género. En nuestra opinión, la igualdad del hombre y la mujer en el acceso al divorcio, principio sobre el que teóricamente se construye el RRIII, debería llevar a admitir las demandas de divorcio de personas ligadas por un vínculo válido según un Derecho extranjero aún cuando este vínculo contravenga principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, siempre que con ello se proteja a la mujer en el caso concreto. Así sucede si, admitiendo la demanda de divorcio, se permite a las mujeres casadas con varón polígamo “salir de la esfera de “lo claudicante” y adquirir un *status civilis* que pueda ser reconocido en toda Europa”⁵³.

25. Por otro lado, la función de la autonomía conflictual reconocida a los cónyuges por el artículo 5 RRIII puede verse desvirtuada por la forma en la que éstos presten su consentimiento para elegir la ley reguladora de su separación judicial o su divorcio. Una tutela eficaz del principio de igualdad exige que el ejercicio de esta autonomía conflictual se realice de manera que cada cónyuge conozca exactamente

⁵¹ DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010.

⁵² *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 279.

⁵³ *Vid.* L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia del matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 175. También hemos defendido este reconocimiento en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en un Estado distinto de aquel donde se pretende su disolución; *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?”, *AEDIPr.*, t. XI, 2011, p. 978.

cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la ley que regulará la disolución de su vínculo matrimonial, sin que esta elección pueda afectar a sus derechos ni a la igualdad de oportunidades de ambos.

Sobre la base de este *principio de elección informada* de los cónyuges (*cf.* Cdo. 18 RRIII), el legislador comunitario exige la formulación por escrito del convenio de elección de ley, que debe estar fechado y firmado por ambas partes o, en su caso, manifestado a través de una transmisión efectuada por medios electrónicos, que proporcione un registro duradero de dicho convenio (art. 7 RRIII). De este modo se facilita la prueba de la existencia del acuerdo de elección de ley ante el tribunal, pero no se impide que dicha elección sea consecuencia de una coacción psicológica de un cónyuge sobre el otro, o el resultado de una imposición de uno de los dos cónyuges en virtud de cualquier circunstancia de superioridad, estructural o coyuntural. En muchos casos es la mujer la que ocupa una posición de debilidad, por lo que el control de la forma en que se ejerce la autonomía conflictual debería abordarse desde una perspectiva de género⁵⁴; desde esta óptica, habría sido preferible que el legislador hubiera impuesto que el acuerdo de elección de ley resultara de un acto redactado ante un notario, un abogado o incluso ante el juez que se pronunciará sobre el divorcio⁵⁵.

26. Más acorde con el respeto del *principio de elección informada*, sobre el que se articula la autonomía conflictual en el sistema del RRIII, parece el modo en que el artículo 6 RRIII regula la validez sustancial del acuerdo de elección de ley. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este precepto, la existencia y validez del convenio de elección de ley aplicable se determinarán por la ley que hipotéticamente regiría dicho convenio si fuera válido de conformidad con las reglas del propio Reglamento. No obstante, el apartado 2 del mismo precepto permite al cónyuge interesado en impugnar la elección de ley por falta de su propio consentimiento, invocar el sistema jurídico más riguroso de los que pueden entrar en conflicto.

Bajo esta disposición late el temor del legislador comunitario a que los Estados participantes en el sistema del RRIII puedan otorgar eficacia a un pacto de elección de ley celebrado fuera de su ámbito de aplicación espacial, al amparo de ordenamientos poco sensibles a la exigencia de integridad del consentimiento y al principio de igualdad de oportunidades de ambos esposos. De este modo, cuando la ley elegida por los cónyuges no reconozca la pretensión de la mujer de anular su propio consentimiento, el artículo 6.2 RRIII permite a la esposa impugnar eficazmente en juicio la validez de ese consentimiento, cuando en virtud de una presión psicológica (proveniente del marido o de su entorno social) haya sufrido alguna coacción o, simplemente, no haya accedido a una información suficiente respecto al contenido del Derecho elegido en igualdad de oportunidades respecto de su esposo⁵⁶.

B. La virtualidad de la cláusula especial de orden público

27. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 RRIII “cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley foro”. Esta cláusula cumple una función diferente según cuál sea el contenido de la ley declarada aplicable por la norma de conflicto de leyes.

28. En un caso, cuando la ley designada por la norma de conflicto no contemple el divorcio, la finalidad del artículo 10 RRIII es la de excluir la aplicación del Derecho extranjero en la medida en que su contenido no se adecúa al objetivo previsto en el Reglamento, el *favor divortii*. Efectivamente, de

⁵⁴ En contra, al menos de una consideración apriorística de la posición de debilidad de la mujer en este ámbito, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, p. 73.

⁵⁵ Es también la propuesta de F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, S. BARIATI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 277-278. En este sentido se ha señalado que “la neutralidad de las reglas que atribuyen autonomía a cada uno de los cónyuges no tiene significado para el cónyuge que no se encuentra en condiciones de ejercerla y por eso no impide las relaciones fundadas en la desigualdad”; *vid.* M. J. ROMAO CARREIRO, “A esquecida conexão patrimonial entre o Direito da família e o Direito da previdência social”, *Comemorações dos 34 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da família e das sucessões*, Coimbra, 2004, p. 526.

⁵⁶ *Vid.* L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de la *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1258/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley* nº 7613, 2011, p. 8.

la literalidad de este precepto se deduce que lo que justifica el mandato de aplicación imperativa de la *lex fori* no es el principio de libertad de los cónyuges para decidir sobre la ruptura de su vínculo matrimonial, sino el hecho de que la ley extranjera “no contemple el divorcio”, sin admitir la posibilidad de aplicar aquellas leyes que permiten disolver el vínculo matrimonial a través de figuras equivalentes al divorcio. De este modo, la solución del artículo 10 RRIII aboca a la adopción de decisiones claudicantes que, en último término, pueden perjudicar a la mujer, obligándola a mantener su vínculo matrimonial, muchas veces, atentatorio contra su libertad personal y su dignidad.

29. En otro caso, cuando la norma de conflicto declare aplicable la ley de un Estado que regula el divorcio vulnerando el principio de igualdad entre los cónyuges, la función del artículo 10 RRIII es la de evitar discriminaciones por razón de sexo, obligando al juez a aplicar la *lex fori* de forma directa, sin permitirle una valoración previa de las circunstancias del caso concreto. Es decir, basta con comprobar el tenor de las normas del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto para descartar su aplicación, sin que pueda comprobarse si la ley extranjera produce realmente un perjuicio en el foro, lo que diferencia esta cláusula de la excepción general de orden público que se contiene en el artículo 12 RRIII.

De este modo, el artículo 10 RRIII se convierte en un instrumento “absolutista” de garantía de la igualdad los cónyuges⁵⁷, que puede llegar a resultar lesivo para la mujer en aquellos casos en los que ésta prefiera prescindir de la tutela que objetivamente se merece para lograr la obtención de un “mejor derecho”, aquel que responda a sus necesidades concretas. Así puede suceder cuando la situación de crisis del matrimonio se somete a un ordenamiento (islámico) en el que la disolución del vínculo matrimonial se lleva a cabo a través del repudio, un acto enraizado en la desigualdad de la mujer dentro del matrimonio y que atenta claramente contra su dignidad, por lo que, en principio, contraviene los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, deberíamos admitir esta fórmula de disolución del vínculo matrimonial cuando la mujer prefiere alcanzar una solución judicial que surta efectos en su país de origen para, de este modo, poder contraer nuevo matrimonio o librarse de un vínculo poligámico⁵⁸. En estos casos, el orden público internacional debería actuar, no tanto como excepción, sino como una cláusula de salvaguarda flexible; sin embargo, esta solución solamente puede alcanzarse a través de una aplicación atenuada de la excepción general de orden público, que no permite la cláusula especial del artículo 10 RRIII⁵⁹.

30. La cuestión de si la apreciación de la existencia de un efecto discriminatorio, que lleva a la aplicación de la ley del foro sobre la base del artículo 10 RRIII, debe realizarse *in abstracto* o *in concreto* ha sido planteada ante el TJUE en el asunto C-372/16, *Sahyouni*. En el litigio principal que dio origen a la petición de decisión prejudicial interpuesta por el *Oberlandesgericht München* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Munich) se plantea la posibilidad de reconocer en Alemania, a instancias del marido, una resolución de divorcio “por deseo unilateral” dictada por el tribunal religioso de la *sharia* de Latakia (en Siria), a la que se opone la esposa, pese a haber realizado una declaración firmada de su puño y letra acerca del cobro de la compensación que le correspondía en virtud de la legislación religiosa. El Tribunal alemán ante el que se insta el reconocimiento de la decisión siria invoca los artículos 8,

⁵⁷ Sobre la falta de flexibilidad de esta cláusula, refiriéndose a la solución del artículo 107.2 *in fine* CC, *vid.* M. ADAM MUÑOZ, “¿Integración *versus* derecho a la identidad cultural? Un análisis desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, S. SÁNCHEZ LORENZO (Ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, p.144. Por su parte, se refiere a un control “abstracto” de la ley extranjera al amparo del artículo 10 RRIII, A. BORRÁS, “Introduction générale”, S. CORNELOUP, *Droit européen du divorce, European divorce Law, Paris, LexisNexis*, 2013, p. 21.

⁵⁸ *Vid.* A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 146 y ss. En el mismo sentido, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis...”, *loc. cit.*, p. 64.

⁵⁹ *Vid.* J. I. PAREDES PÉREZ, “La incidencia de los derechos fundamentales en la ley aplicable al estatuto familiar”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, p. 488. En el mismo sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001 sobre autorización del matrimonio civil”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Ed.), *Derecho registral internacional...*, *op. cit.*, pp. 302-303. Por su parte, frente a una solución como la del artículo 10 RRIII, S. SÁNCHEZ LORENZO prefiere “un sistema que partiera de una aplicación de principio de la ley extranjera, corregida o modulada con criterios materiales como el orden público o el análisis en dos escalones o, en todo caso, a partir de una asistencia jurídica que permitiera a los cónyuges adoptar la mejor estrategia sobre el Derecho aplicable”; *vid.* “Globalización, pluralidad cultural...”, *loc. cit.*, p. 122.

10 y 12 RRIII, aplicables para determinar la ley reguladora de la separación judicial y el divorcio por los tribunales de los Estados miembros, e incurre en el mismo error que en su petición presentada un año antes, para cuya resolución el TJUE se declaró “manifestamente incompetente”⁶⁰. No obstante esta confusión, los jueces de Luxemburgo consideran pertinente responder a la cuestión planteada en el marco de un litigio en el que las disposiciones de Derecho europeo en causa han sido declaradas aplicables y, en su decisión de 20 de diciembre de 2017, establece que el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso en Siria en virtud de la sharia no está comprendido en el ámbito de aplicación material del RRIII.

La decisión del TJUE, que trasciende al ámbito del sistema del RBIIbis, deja sin respuesta las cuestiones planteadas sobre el alcance del artículo 10 RRIII, pero se compadece con una interpretación literal de este precepto, que llevaría a la aplicación de la ley del foro en un supuesto como el del litigio principal, sin tomar en consideración las circunstancias del caso litigioso. Esta es la opinión del Abogado General Sr. *Henrik Saugmandsgaard ØE* que, en sus Conclusiones de 14 de septiembre de 2017, se inclina expresamente por una interpretación literal del artículo 10 RRIII, que debe aplicarse de forma automática, tan pronto como el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda concluya que los requisitos previstos concurren efectivamente (apartado 82).

31. Frente a esta decisión, y en aras de garantizar el derecho de hombres y mujeres a divorciarse en condiciones de igualdad, defendemos una aplicación diferente del artículo 10 RRIII. Es cierto que la “finalidad específica” de este precepto es la de proteger el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, pero una interpretación literal del mismo, como la que defiende el Abogado General en el asunto *Sahyouni*, no se compadece con la justicia material del caso concreto, necesaria para resolver el litigio con perspectiva de género. Desde esta óptica, si la ley extranjera satisface el interés de la mujer en aceptar un divorcio, aun discriminatorio, debería poder aplicarse. Ahora bien, en este caso deberá velarse por que la aceptación de ese divorcio no responda a una coacción ejercida por el otro cónyuge, sino a la voluntad de la mujer de salir de una situación conflictiva.

III. Mujer y maternidad

32. Quizás uno de los estereotipos de género más extendidos es aquel que identifica a la mujer de manera preferente con la función maternal⁶¹. Esta imagen de la mujer ha condicionado la solución de dos de los problemas de mayor actualidad en el ámbito del Derecho de familia internacional, que han sido objeto de especial atención en los medios de comunicación y que no han recibido una respuesta adecuada por parte de nuestras autoridades.

Por un lado, la perpetuación de este estereotipo, que se corresponde con una presunción *iuris tantum* de mayor idoneidad de la madre para el cuidado de los hijos, ha llevado a muchas mujeres a sacrificar su desarrollo personal y profesional o, peor aún, a soportar situaciones de violencia doméstica con el fin de mantener la unidad de la familia. En este último caso, cuando la mujer decide iniciar una nueva vida y huye del domicilio familiar con sus hijos, la situación se complica por la aplicación de una normativa construida sobre un principio absolutista de interés superior del menor, que impide en muchos casos una solución del conflicto que tenga también en cuenta el interés de la madre.

Por otro lado, los estereotipos de género han contribuido a mitificar la maternidad y a exacerbar los sentimientos contra otras formas de gestación, en las que el embarazo se lleva a cabo voluntariamente para terceras personas⁶². En nuestro país, donde el contrato de gestación por sustitución continúa siendo nulo de pleno derecho, la atención de nuestras autoridades se ha centrado principalmente en ga-

⁶⁰ ATJUE de 2 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni*.

⁶¹ *Vid.* M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “El derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 353, nota 73.

⁶² Se habla incluso de la “anti-mujer” para calificar a quien renuncia al hijo que lleva en sus entrañas a favor de otros. Recoge esta y otras críticas, construidas sobre la base de argumentos de naturaleza moral que rechazan que las mujeres puedan disponer libremente de algo que tradicional e históricamente tienen que hacer “por su sexo femenino”, N. IGAREDA GONZÁLEZ, “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, 2015, pp. 7-106.

rantizar la continuidad en el espacio de la filiación de los menores válidamente determinada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. Esta continuidad puede garantizarse mediante la técnica del reconocimiento de decisiones extranjeras en atención al interés superior del menor, pero la protección de la mujer que gesta por sustitución exige una respuesta material y directa de nuestro legislador.

1. Gestación por sustitución y protección de la mujer gestante

33. Mediante la gestación por sustitución una mujer (gestante) renuncia, con carácter previo o después del parto, a la maternidad del niño a favor de otras personas (comitentes). El primer problema que plantea el tratamiento de esta figura desde una perspectiva de género es el de su denominación, para la que muchas veces se utilizan términos que desvelan un rechazo hacia esta técnica de reproducción asistida, entendida como una forma de mercantilización del cuerpo de la mujer; así sucede cuando se utiliza la expresión “vientres de alquiler”. En otras ocasiones se usan locuciones cargadas de un significado más social que técnico o jurídico, que ponen el acento en el rol femenino para el cuidado de los hijos; tal es el caso cuando se utiliza el nombre de “maternidad subrogada”. Para evitar este tipo de prejuicios, que condicionan desde el mismo momento de su calificación esta forma de gestar para otros, preferimos utilizar la expresión “gestación por sustitución”⁶³.

Las modalidades de esta técnica de reproducción asistida pueden ser muy diferentes desde el punto de vista médico⁶⁴, como también son muy diversos los problemas que se plantean en el orden moral y jurídico⁶⁵. Desde el punto de vista jurídico, que aquí nos interesa, es también muy distinto el tratamiento que recibe la gestación por sustitución en los diferentes sistemas de Derecho comparado. En algunos países su práctica se permite expresamente, en unos casos de forma amplia (Georgia, Ucrania, India o Rusia), en otros, únicamente cuando la gestación por sustitución reviste un carácter altruista y cumple estrictos requisitos, que pueden ser exigidos antes de la celebración del acuerdo de gestación (Israel, Grecia o Portugal) o después del parto, centrando la atención en la transferencia de la filiación de la madre gestante a favor de los padres comitentes (Reino Unido). Sin embargo, en otros países los contratos de gestación por sustitución están sancionados con la nulidad de pleno derecho e incluso se penaliza la participación o intermediación en esta modalidad de reproducción asistida; así sucede en Bélgica, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o Francia⁶⁶.

34. En nuestro país el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), establece que el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin previo pago, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del comitente o de un tercero, es nulo de pleno derecho⁶⁷. A esta sanción jurídico-civil pueden además añadirse consecuencias en el ámbito penal, pues la atribución de la maternidad a la comitente tras una gestación por sustitución puede

⁶³ Sobre estas cuestiones terminológicas, *vid.* B. SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro, Nueva época*, nº 1, 2005, pp. 276-277.

⁶⁴ En ocasiones, es la mujer quien opta por una gestación por sustitución debido a un problema de fertilidad, en cuyo caso se procederá a la implantación de sus propios óvulos (o de una tercera mujer, si la esterilidad de la comitente es también ovárica), previamente fecundados, en el vientre de la mujer gestante; otras veces, son dos varones quienes recurren a esta técnica para poder tener hijos biológicos.

⁶⁵ Se ha señalado que la cosificación de los niños es muy superior cuando los comitentes no aportan ningún tipo de material genético y, desde el punto de vista de la instrumentalización del cuerpo de la mujer, no son equiparables la gestación por sustitución a título gratuito con la que se efectúa de forma onerosa, ni puede ser tan perjudicial para la gestante obligar a cumplir el acuerdo (entregar al niño) si es sólo gestante, como si es también madre genética; *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución” en S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 469-471.

⁶⁶ *Vid.* E. LAMM: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, nº 3, 2012, pp. 11-21. El estado actual de esta cuestión puede también encontrarse en el Informe de la Conferencia de La Haya sobre los problemas que derivan de los acuerdos de maternidad por sustitución <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>.

⁶⁷ En la doctrina española esta sanción de nulidad se relaciona con la ilicitud del contrato (art. 1275 CC) y la delimitación de su objeto (art. 1271.1 CC), considerando que “ni se puede comerciar con personas ni se puede considerar a un niño como objeto de un contrato”; en este sentido, *vid.* M^a. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº 5, 2012, p. 368.

suponer la comisión de sendos delitos, tipificados por el artículo 220 CP⁶⁸. Ante esta situación, quienes desean tener un hijo biológico pero no pueden gestar por sí mismos acuden a otros países, donde la gestación por sustitución está legalmente permitida. El problema se plantea posteriormente, en el ámbito civil, cuando los padres comitentes regresan a nuestro país y pretenden que las autoridades españolas reconozcan el vínculo de filiación a su favor, determinado válidamente conforme a un Derecho extranjero⁶⁹.

La doctrina y las autoridades españolas han abordado la solución de este problema, principalmente, desde la perspectiva del interés superior del menor, intentando favorecer la continuidad jurídica en el espacio de la filiación válidamente determinada en el extranjero. Con esta finalidad se ha defendido el reconocimiento en España de las decisiones extranjeras por las que se determina la filiación de un menor a favor de sus padres comitentes con el único control del orden público internacional⁷⁰, lo que ha llevado a una aceptación *de facto* de una situación jurídica que *de iure* no está permitida⁷¹. Sin embargo, resolver esta cuestión únicamente desde la perspectiva del reconocimiento de la filiación válidamente determinada en el extranjero plantea un importante problema de inseguridad jurídica, debido al diferente modo en el que los tribunales nacionales y el TEDH aprecian la compatibilidad con el orden público del foro de las decisiones extranjeras en esta materia⁷².

35. Frente a esta solución proponemos admitir *de iure* la gestación por sustitución, garantizando una tutela directa de todas las partes implicadas a través de una norma (material) que permita y regularice los convenios de gestación por sustitución en nuestro país⁷³. Una solución en este sentido permitiría superar el inmovilismo de nuestro ordenamiento jurídico, que sigue declarando que la filia-

⁶⁸ Efectivamente, para que se atribuya la maternidad a la comitente, las mujeres que intervienen en la gestación subrogada tendrían que ocultar la verdadera identidad de la gestante, de manera que ésta incurriría en un delito de entrega de hijo a terceros para alterar la filiación, y la comitente cometería un delito de suposición de parto, ambos castigados con una pena de prisión de libertad de seis meses a dos años. No obstante, la conducta de los comitentes solo puede ser perseguida penalmente en España si la maternidad subrogada está también tipificada como delito en el lugar en el que la misma se lleve a cabo (*cf.* art. 22.3 LOPJ).

⁶⁹ Así ocurrió en el caso finalmente resuelto por el TS (STS de 6 de febrero de 2014, RJ 2014\833, y ATS de 2 febrero de 2015, JUR\2015\45930), en el que dos varones españoles pretenden el reconocimiento en España de la doble filiación paterna determinada en sendas certificaciones registrales expedidas por las autoridades de California respecto de sus hijos, nacidos en este Estado norteamericano como consecuencia de una gestación por sustitución válidamente realizada al amparo de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Encargado del Registro Civil Consular, ante el que se pretende el reconocimiento de dichas certificaciones, deniega su acceso al Registro español basándose en la declaración de nulidad de los contratos de gestación por sustitución que se contiene en el artículo 10 LTRHA y considerando que esta técnica de reproducción asistida es contraria al orden público español. Esta decisión, en contra de la opinión de la DGRN, que ordenó la rectificación registral a favor de los padres comitentes, fue confirmada posteriormente por las autoridades judiciales españolas y ha sido finalmente ratificada por nuestro TS. Sobre esta decisión del Alto Tribunal español, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2015, pp. 1-9.

⁷⁰ *Vid. Projet Filiation/Maternité de substitution*, <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. También sobre el método de reconocimiento como única vía de solución de los problemas que plantea la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución, *vid.* H. FULCHIRON: “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international?”, *JDI*, nº 2, 2014, pp. 580-587; y M. ENGEL, “Cross-border surrogacy: time for a Convention?”, K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF y W. GEPHART (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Bélgica, Intersentia, 2014, pp. 1 y ss.

⁷¹ Desde otro punto de vista, se ha cuestionado que las autoridades del Estado donde se pretende el reconocimiento de las decisiones judiciales dictadas en otro Estado “fiscalicen” estas decisiones, incluso cuando en el Estado de origen se han preservado los intereses de la gestante y del menor. Lo que se plantea es si es *lícito* violar la confidencialidad de un proceso que ya ha sido juzgado, desconfiando de la capacidad del juez extranjero para discernir los casos de tráfico de niños de los supuestos de gestación por sustitución; en este sentido, *vid.* A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDÁ: “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, nº 731, p. 1390.

⁷² Sobre las distintas concepciones del contenido del orden público en cada Estado y las diferentes interpretaciones que la jurisprudencia del TEDH realiza sobre este concepto en el ámbito que nos ocupa, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, nº 2, 2017, pp. 165-200. Por su parte, en relación con la necesidad de mantener este control de orden público en los procesos de reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre gestación subrogada, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 253-254.

⁷³ También sobre la necesidad de regular la maternidad subrogada en Italia, *vid.* V. SACALISI, “Maternità subrogata: come far cose con regole”, *Rivista di diritto civile*, nº 5, 2017, pp. 1097-1114, esp. p. 1114.

ción se determinará por el parto, y que continúa aplicando el aforismo romano *mater semper certa est*, que dejó de ser una realidad desde el momento en que los avances médicos incorporaron la posibilidad de la reproducción asistida. En nuestra opinión, el legislador español debería reconocer una “filiación intencional”⁷⁴, basada en la conexión entre procreación y libertad personal, y en la consideración de que la opción de concebir o no un hijo es una decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola ni prohibiéndola⁷⁵.

36. No es éste el sentido del “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, aprobado en Bilbao el 16 de mayo de 2017, que se refiere a la gestación por sustitución como una forma de “agresión a la dignidad humana”, tanto del niño como de la mujer gestante⁷⁶. Sin embargo, por lo que atañe a esta última, entendemos que la vulneración de su dignidad debe apreciarse en el caso concreto, sin que pueda obviarse el hecho de que la mujer haya consentido libremente una gestación para otros, pues de lo contrario, lo que en realidad estaríamos defendiendo es un tipo de “dignidad social”, de moral colectiva cuya salvaguarda no corresponde al Derecho. En este sentido se ha señalado que “cuando se adopta un enfoque de la autonomía personal basado en la capacidad de elección, resulta extraño que la persona cuya dignidad supuestamente está en juego no pueda mantener esa capacidad de elección”, salvo que se mantenga una postura paternalista en la determinación de la validez del consentimiento de la madre gestante⁷⁷. Dicho en otros términos, en cierto modo, con la actitud del Comité de Bioética se está minusvalorando a la mujer en relación con su propia capacidad para consentir la gestación por sustitución⁷⁸.

37. Con otra perspectiva totalmente diferente, libre de prejuicios y de estereotipos sobre la maternidad, el 27 de abril de 2017 se presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación⁷⁹. En el texto propuesto, por el que se deroga el artículo 10 LTRHA (DD^a. única), esta forma de gestación se configura como un derecho (art. 1), cuyo ejercicio se reconoce a los nacionales españoles o con residencia legal en España [arts. 7.1.g) y 8.1.c)], lo que evita que nuestro país se convierta en un “paraíso gestacional”.

La Proposición de Ley que se presenta tiene por finalidad legalizar la gestación por sustitución en nuestro país y dar respuesta a esta forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad, que es una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno.

⁷⁴ Vid. A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr.*, t. XII, 2012, p. 274. *Ibidem*, “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1499803021.pdf>.

⁷⁵ Vid. C. VAQUERO LÓPEZ, “La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos”, J. SOROETA LICERAS (Dir.), *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 291-332. En el mismo sentido, considerando que la gestación por sustitución no puede prohibirse recurriendo a la técnica de las normas internacionalmente imperativas (leyes de policía), vid. A. V. M. STRUYCKEN, “Surrogacy, a new way to become a mother? A new PIL issue”, K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, y S. SYMEONIDES (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International, 2010, p. 371.

⁷⁶ El Informe del Comité de Bioética, integrado por diez hombres y tres mujeres, puede consultarse en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf. Muy crítico con este Informe, vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, “¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” de 19 de mayo de 2017”, *La Ley*, nº 9035, 2017, pp. 1-16.

⁷⁷ Así lo entiende M. A. PRESNO LINERA, que critica la decisión del TS de 6 de febrero de 2014 por considerar que en ella “parece latir, más que una defensa de la dignidad constitucionalmente protegida, una suerte de “paternalismo estatal” o un puro “moralismo legal” que sacrifica, sin fundamento constitucional, la libertad personal como precio a pagar por la garantía de “dignidad colectiva””; vid. M. A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *REDE*, nº 51, 2014, pp. 19-20.

⁷⁸ En este mismo sentido se ha insistido en que “las decisiones de la mujer sobre su propio cuerpo y su propio plan de vida deben analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la autonomía de las mujeres”; vid. S. ÁLVAREZ MEDINA, “La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia”, *RJUAM*, nº 35, 2017, pp. 156-157.

⁷⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017, pp. 1 y ss.

De entre las disposiciones de la Ley que se propone, estructurada en siete capítulos, destacaremos aquellas que directamente afectan a la mujer gestante, definida como aquella mujer que “sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer” (art. 3.b).

Para garantizar la protección de la libertad personal de la mujer gestante, el artículo 4 de la Proposición de Ley establece que la gestación por sustitución solamente se realizará si media previa aceptación libre y consciente por su parte, cuando haya posibilidades razonables de éxito, y siempre que no suponga un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia. En todo caso, la mujer gestante debe haber sido previamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica, sin que pueda tener vínculo de consanguineidad con el o los progenitores subrogantes.

Por su parte, con la finalidad de evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer, el artículo 5 del texto propuesto consagra la naturaleza altruista de la gestación por sustitución, prohibiendo expresamente que ésta tenga un carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de una eventual compensación resarcitoria, que sólo podrá cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, así como el lucro cesante inherente a la gestación, y proporcionar a la gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto.

Toda mujer que cumpla estos requisitos tiene derecho a gestar, mediante un contrato de gestación por subrogación, con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes (art. 6). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Proposición, las partes intervinientes deberán otorgar ante notario, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por sustitución en el que, entre otros elementos, se hará constar el “consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes”⁸⁰. Tanto este contrato como la mujer que desee ser gestante por subrogación y cumpla los requisitos mencionados deberán inscribirse en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación creado al efecto y adscrito al Registro Nacional de Donantes (arts. 15 a 19).

38. En nuestra opinión, quizás sea esta última cuestión, la regulación del consentimiento de la mujer gestante, la más controvertida de la reglamentación propuesta. Por un lado, porque consideramos que solo a través de un proceso judicial puede garantizarse suficientemente un consentimiento libre e informado de la mujer que decide gestar para otros⁸¹. Por otro lado, porque una tutela efectiva de todos los derechos de la mujer gestante exige fijar un período, antes o después del parto, en el que pueda revisar el acuerdo de gestación por sustitución⁸². En esta misma línea, debería resolverse expresamente a quién corresponde la decisión de si es posible y en qué casos abortar⁸³. Es cierto que una lectura con perspectiva de género del texto propuesto permite deducir que esta decisión corresponde en último término a la mujer gestante, pues en el apartado 2 de su artículo 6, referido a los “derechos de la mujer”, se establece expresamente que “las disposiciones de la presente Ley ni modifican, ni derogan los derechos que a la

⁸⁰ La irrevocabilidad del consentimiento obliga a los progenitores a hacerse cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto (art. 10) y el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción muy grave [art. 24 c) 9ª] que puede llevar aparejada una multa de hasta un millón de euros (art. 25.1), sin que se establezca ningún límite si el niño presenta algún problema físico o psíquico grave. Por su parte, la mujer gestante está obligada a mantener el cumplimiento de los requisitos fijados por el artículo 7 de la Propuesta –referidos a sus condiciones de capacidad, estado de salud, bienestar y seguridad–, si bien su incumplimiento negligente solo constituye una infracción grave [art. 24 b) 2ª], con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros (art. 25.1).

⁸¹ Vid. O. SALAZAR BENÍTEZ, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017, p. 109.

⁸² *Ibidem*, p. 111. Con la misma finalidad se ha propuesto admitir una especie de “ley de plazos” en los que la madre pueda ir decidiendo si sigue adelante con el embarazo o no, si una vez nacido el niño lo entrega o no a los padres comitentes; a esta “maternidad pensada” se refiere, pese a mostrarse muy crítica con la maternidad subrogada, A. GONZÁLEZ SUÁREZ, “De tumba a útero”, *Investigaciones Feministas*, vol. 6, 2015, pp. 39-59, esp. p. 57.

⁸³ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Iguales y diferentes...*, op. cit., p. 508, nota 110.

mujer le reconoce la legislación general, en particular, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. Sin embargo, consideramos que es necesario un precepto legal que obligue a los intervinientes en el contrato de gestación por sustitución a incluir expresamente las disposiciones que deben observarse en un supuesto de eventual interrupción voluntaria del embarazo y determinar cuáles son sus efectos⁸⁴.

No obstante, esta crítica no debe empañar la bondad de la Proposición presentada, que evitará la huida de quienes desean acudir a esta técnica de reproducción asistida hacia países poco o nada garantistas con los derechos de las mujeres gestantes. En definitiva, en la medida en que la prohibición no evita la práctica y teniendo en cuenta que sin marco legal se siguen sumando violaciones de derechos humanos de las mujeres, es necesario alcanzar una regulación directa de la gestación por sustitución en nuestro país⁸⁵.

2. Sustracción internacional de menores y violencia de género.

39. La sustracción internacional de menores es quizás uno de los problemas de DIPr. que despierta una mayor alarma social, frecuentemente recogida en los medios de comunicación, que se hacen eco del drama que supone el traslado de los menores por parte de uno de sus progenitores a un país distinto de aquel en el que tienen su residencia familiar⁸⁶. Tradicionalmente era el padre privado de la custodia de sus hijos quien, aprovechando el ejercicio del derecho de visitas atribuido por una sentencia de divorcio, sustraía consigo al menor y lo trasladaba a otro país, ante cuyas autoridades intentaba obtener el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro. Sin embargo, en la actualidad son muchos más los casos en los que quien secuestra al menor es la madre, que tiene atribuida la custodia y que huye de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visitas⁸⁷.

En estos casos el dramatismo que supone la propia sustracción internacional de los menores de su residencia familiar se acentúa porque la decisión de la madre de trasladarse junto con sus hijos a otro país, privando al padre del contacto con estos niños, no solo constituye un ilícito penal que puede llegar a sancionar la conducta de la madre con una pena privativa de libertad de hasta cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años (*cf.* art. 225 *bis* CP), sino que enfrenta también a la madre a una aplicación “ciega” de las normas de DIPr. aplicables en esta materia, que puede derivar en un agravamiento de la situación de violencia que se padece en el entorno familiar⁸⁸.

⁸⁴ Ésta es, por ejemplo, la solución portuguesa, que analiza con detalle A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento Portugués nº 6/2017 de 31 de julio”, *La Ley*, nº 9091, 2017, pp. 1-12.

⁸⁵ *Vid.* E. LAMM, “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 61-107. Manifiestamente en contra, *vid.* A. H. PULEO, “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, pp. 165-184.

⁸⁶ Sirva como ejemplo el mediático caso de Juana Rivas Gómez, del que se ocupó la prensa nacional durante el verano de 2017 y que desencadenó un importante movimiento de apoyo a esta madre, que sustrajo a sus hijos del domicilio familiar en Italia para huir de una situación de maltrato. Se ha insistido en la necesidad de no olvidar que la valoración final de estos supuestos corresponde a los jueces, a través de los procedimientos legalmente establecidos para resolver las disputas parentales; *vid.* M. PASQUAU, “Juana Rivas, el maltrato y los jueces”, <https://www.miguelpasquau.es/juana-rivas-el-maltrato-y-los-jueces>. Con carácter general, sobre la función de los jueces como mediadores entre los diferentes intereses sociales en conflicto para conseguir el equilibrio, la medida y la ponderación sustancial al Derecho, *vid.* F. OST, “¿Para qué sirve el Derecho?... Para contar hasta tres”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 40, 2017, pp. 15-48, esp. pp. 40-47.

⁸⁷ Se trata de una nueva situación, para la que es necesario encontrar nuevas soluciones, de la que se hace eco el Consejo de Europa, en cuyo seno se ha planteado la necesidad de revisar la normativa vigente y elaborar un Protocolo para desarrollar buenas prácticas y crear instrumentos de orientación que permitan adaptar las soluciones convencionales a las nuevos intereses en juego. *Vid. Report* “Cross-border parental responsibility conflicts”, *Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development*, Doc. 14435, de 30 de octubre de 2017. Se refiere también a este cambio sociológico en los supuestos de sustracción internacional de menores, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 12-16.

⁸⁸ *Vid.* P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores”, A. FIGUERUELO BURRIEZA (Dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Granada, Comares, 2014, pp. 65-66. Señala también este “desfase” entre las soluciones previstas en los Instrumentos convencionales vigentes y las circunstancias actuales en las que deben aplicarse, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya (Nota a X c. Letonia)”, *RGDE*, nº 33, 2014, p. 18.

40. Efectivamente, el sistema de DIPr. aplicable en materia de sustracción internacional de menores está pensado para garantizar su restitución inmediata cuando éstos han sido trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado distinto de aquel donde tienen su residencia habitual, en aras de salvaguardar su “interés superior”⁸⁹. Esta es la finalidad de las disposiciones del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado por España en 1987 (CH1980)⁹⁰, del Reglamento 2201/2003, 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 (RBIbis)⁹¹, y de los nuevos artículos 778 *quáter*, 778 *quinquies* y 778 *sexties* de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil (LCJIC)⁹².

En el marco de este sistema las autoridades del Estado a donde el menor ha sido desplazado deberán ordenar su restitución inmediata, salvo que concurra alguno de los motivos de oposición a la restitución que taxativamente recoge el artículo 13 CH1980. La interpretación restrictiva de este precepto, junto a la fuerza de la regla general que obliga a la restitución inmediata del menor, impide en muchos casos una aplicación de las normas vigentes con perspectiva de género y juega en contra de aquellas madres que huyen de una situación de violencia con sus hijos, alejándolos del otro progenitor⁹³.

41. El primer problema que plantea la aplicación del sistema del CH1980 deriva del hecho de que entre los motivos que el artículo 13 CH1980 permite invocar para oponerse a la restitución inmediata del menor no se recoge expresamente la violencia de género⁹⁴. El precepto únicamente se refiere a la existencia de “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” [letra b) del art. 13 CH1980] como causa de oposición a dicha restitución.

Una aplicación de este precepto desde una perspectiva de género obligaría a interpretarlo de forma extensiva, subsumiendo en su ámbito de aplicación las situaciones de violencia hacia la madre cuidadora del menor⁹⁵. Sin embargo, en la práctica el argumento de la violencia de género como razón para justificar un secuestro internacional de menores prospera muy minoritariamente⁹⁶, y en muchas ocasiones los jueces consideran que solamente la madre es la víctima y no concurre riesgo grave o situación intolerable para el menor. En estos casos, la defensa de la madre debería construirse invocando la cláusula

⁸⁹ Ello hace que las disposiciones aplicables en esta materia “pivoten sobre una especie de prolongación de la máxima *solve e repete*: primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre quién ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita, y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos”: *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMACHA Y TEJADA (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, *Colección Escuela Diplomática*, nº 5, 2001, p. 131.

⁹⁰ En vigor en España desde el 1 de septiembre de 1987 (BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

⁹¹ DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2013.

⁹² BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁹³ Sobre el carácter restrictivo del artículo 13 CH1980, *vid.* Informe Explicativo de Dña. E. PÉREZ VERA, (nº 27-31), que puede consultarse en <https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf>. También sobre el alcance de las excepciones contenidas en este precepto, *vid.* J. PATON, “The correct approach to the examination of the best interests of the child in Abduction Convention proceedings following the decision of the Supreme Court in Re E (Children) (Abduction Custody Appeal)”, *JPLI*, vol. 8, 2012, pp. 547-576.

⁹⁴ Cuando se habla de “violencia” en el marco del CH1980 únicamente se hace para calificar la situación en la que se coloca al menor como consecuencia de su traslado o retención a otro país distinto de aquel donde tiene su residencia y lejos de uno de sus progenitores; *vid.* Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, http://www.cvca.es/wp-content/uploads/2017/03/sustraccion_internacional_menores.pdf. Sobre esta cuestión, *vid.* M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, P.-V. CANO-MAILLO REY (Dir.), *Los juicios rápidos. Orden de protección: análisis y balance*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 131-181.

⁹⁵ En este sentido *vid.* M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor, Civitas, 2014, p. 88; y P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica...”, *loc. cit.*, pp. 73 y 75.

⁹⁶ En la práctica, cuando se ordena la no restitución del menor por la existencia de una situación de violencia no se hace considerando la situación de la mujer maltratada en sí misma, sino a través de lo que esta agresión representa para el hijo: en la medida en que la madre es la única con capacidad para estar a cargo del menor en una situación de violencia doméstica, y al depender el bienestar de éste del de aquélla, el riesgo para la madre se constituye en riesgo para el bienestar del menor, lo cual permite subsumir el supuesto de hecho en el artículo 13 CH1980. *Vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 184.

general de excepción al retorno inmediato que se contiene en el artículo 20 CH1980, conforme al cual la restitución del menor podrá denegarse “cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”⁹⁷. En efecto, si consideramos que la violencia de género es una cuestión de derechos humanos⁹⁸, podremos evitar la restitución inmediata de los menores sustraídos por sus madres cuando concurre un supuesto de maltrato invocando la excepción de dicho precepto. Una solución en este sentido no solo se compadece con el cambio sociológico producido en materia de sustracción internacional de menores, sino que deriva también de la evolución del principio de “interés superior del menor” que inspira las disposiciones del CH1980⁹⁹, un cambio que trae causa de la STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger*, en la que, por primera vez, el Tribunal de Estrasburgo apunta hacia la tesis de que el interés del menor valorado en el caso concreto prevalece sobre la consideración general de evitar las sustracciones¹⁰⁰.

42. En segundo lugar, la aplicación de la normativa vigente sobre sustracción internacional de menores en supuestos de violencia contra la mujer plantea un importante problema de práctica de la prueba, que tiende a ser reducida, para no convertir el proceso de restitución en un proceso de fondo sobre la custodia del menor, lo que va en detrimento de las posibilidades de acreditar la realidad de las agresiones o sus consecuencias sobre los menores¹⁰¹.

Para paliar estos inconvenientes se ha sugerido exigir a la mujer víctima de violencia una particular diligencia en las pruebas que ella puede aportar, especialmente en cuanto a la prueba documental (acreditación de condenas penales o procedimientos en curso por malos tratos, denuncias en el Estado requirente, informes médicos, informes de servicios sociales, etc.), siempre en el entendimiento de que no nos encontramos ante un juicio penal, sino que se trata de constatar o descartar la situación de violencia con el fin de tomar este hecho en consideración para resolver el retorno inmediato del menor, que es el objeto del proceso¹⁰².

Por otra parte, si consideramos que la violencia de género es una cuestión de derechos humanos y que constituye un motivo susceptible de detener el retorno inmediato del menor, esta situación debe tratarse como una “alegación sustancial” en el sentido constitucional, lo que exige del juez una respuesta expresa a la alegación de violencia, de manera que solo pueda ser descartada con una “motivación reforzada”¹⁰³. Probada la violencia contra la madre, la decisión de retorno del menor obliga al juez a realizar una ponderación de las circunstancias en términos de derecho al respeto a la vida privada y familiar de la mujer¹⁰⁴, debiendo tener en cuenta que la orden de retorno del menor obliga a la madre a elegir

⁹⁷ Vid. M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia...”, *loc. cit.*, p. 89; P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica..”, *loc. cit.*, pp. 79-82; y M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores ...”, *loc. cit.*, pp. 189-192.

⁹⁸ Vid. J. F. LOUSADA AROCHENA, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 48, 2014, pp. 31-48.

⁹⁹ El Informe PÉREZ VERA que acompaña al Convenio hacía referencia al “interés superior del menor” como un paradigma sociológico más que como un “estándar jurídico concreto”. Sin embargo, esta percepción del concepto de “interés superior del menor” ha quedado hoy día superada, pues se ha pasado de un reconocimiento como principio fundamental en toda actuación relativa al menor (hasta el punto de que se consideraba un principio de Derecho consuetudinario o convencional internacional), a un reconocimiento en los distintos ordenamientos nacionales tanto por vía normativa como jurisprudencial, tal y como sucede en el ordenamiento jurídico español en el nuevo artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o en la interpretación del TC donde se ha configurado como un elemento de control de constitucionalidad. Llama la atención sobre este cambio E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio ...”, *loc. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁰⁰ La decisión del Tribunal de Estrasburgo puede encontrarse en <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3189455-3546861>. Sobre esta decisión, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS “Nota” a la STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger*, *REDI*, vol. LXII, nº 2, 2010, p. 232-235.

¹⁰¹ Vid. P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica...”, *loc. cit.*, p. 81. En el mismo sentido, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMANCHA Y TEJADA, *Cooperación jurídica internacional*, Escuela Diplomática, Madrid, 2011, p. 129. Dificulta también la práctica de la prueba, la celeridad del proceso de restitución, que ha sido incluso calificada de “obsesiva”; en este sentido, referido al nuevo procedimiento de la LEC, vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias”, *REDI*, vol. 68, nº 2, 2016, p. 350.

¹⁰² Vid. M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia...”, *loc. cit.*, p. 93.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 94.

¹⁰⁴ Así se deduce con claridad de la STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto nº 27853/09, *X c. Lituania*. A este respecto, vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio...”, *loc. cit.*, p. 17.

entre alejarse de su hijo, vulnerándose el derecho a relacionarse con él (tutelado por el art. 8 CEDH), o regresar con el menor al entorno de violencia, arriesgando su derecho a no recibir tratos inhumanos y degradantes (protegido por el art. 3 CEDH)¹⁰⁵. En definitiva, el juez debería asegurarse de que la restitución del menor no actúa como una “baza para el maltratador”, colocando a la mujer víctima de violencia de nuevo en su territorio¹⁰⁶.

43. Desde otro punto de vista, la solución de los secuestros internacionales de menores llevados a cabo por la madre víctima de violencia de género se complica en el sistema del RBIIbis, cuyo artículo 11.4 dispone que “los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

A través de este precepto, que recoge la práctica anglosajona de los “*undertakings*”, se pretende limitar la aplicación de las excepciones al retorno que pueden invocarse al amparo del artículo 13 CH1980, reforzando la eficacia de la regla general que prevé la restitución inmediata del menor. Sin embargo, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, su positivación como una regla rígida plantea serias dificultades prácticas cuando el secuestro de los menores se produce en un contexto de violencia de género, sobre todo si se interpreta literalmente el artículo 11.4 RBIIbis, que se refiere a la adopción de “medidas adecuadas para garantizar la protección del menor”, sin tomar en consideración la situación de violencia que puede sufrir la madre sustractora¹⁰⁷.

En cualquier caso, la efectividad de las medidas adoptadas para la protección del menor exige un elevado nivel de cooperación entre las autoridades de los Estados implicados¹⁰⁸, y requiere un tratamiento del problema por profesionales especializados en violencia de género¹⁰⁹, pues, en último término, una actuación de los poderes públicos ajena a esta realidad, es decir, sin perspectiva de género, los convierte

¹⁰⁵ Esta solución se corresponde con la tendencia jurisprudencial más reciente del TEDH, que obliga a motivar adecuadamente la resolución de retorno, teniendo en cuenta la situación global familiar del menor y las circunstancias concretas presentes en el caso. A este respecto debe aplaudirse la decisión del Tribunal de Estrasburgo de reprobar la conducta de las autoridades lituanas que decidieron la restitución de un menor en el marco del CH1980 rechazando de plano la valoración del informe psicológico presentado por la madre que, presentamente, podía avalar la tesis del riesgo grave que la restitución suponía para el menor; *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota” a la STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto nº 27853/09, X c. Letonia, *REDI*, vol. LXVI, nº 1, 2014, p. 242.

¹⁰⁶ *Vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores...”, *loc. cit.*, p. 185.

¹⁰⁷ En este sentido, muy crítica con el precepto comunitario, *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores”, *VVAA, Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 640-653, esp. p. 646; *ibidem*, “Nota” a la SAAP Baleares de 23 de abril de 2003, *REDI*, vol. 56, nº 1, 2004, p. 359. Crítica también esta solución P. JIMÉNEZ BLANCO, para quien la adopción de este “*undertaking*” presupone un grado de desconfianza en las autoridades del Estado de origen que no se compeadece con los principios de Derecho comunitario; *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia...*, *op.cit.*, p. 91.

¹⁰⁸ Esta solución solo es posible en un contexto de cooperación, como el que se presupone en el marco del CH1980 –cuyo artículo 7, h) obliga a las Autoridades centrales a garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro– o, más intenso, como el que existe en la UE, en cuyo ámbito es importante destacar el Reglamento 606/2013 de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181 de 12 de junio de 2013), aplicable a las víctimas de violencia de género, que completa la Directiva 2011/99 de 13 de diciembre sobre la Orden Europea de protección (DOUE L 338 de 13 de diciembre de 2011). En el artículo 25 de la Propuesta de reforma del RBIIbis se completa esta regla con la obligación del Estado requerido para la restitución de “cooperar con las autoridades competentes del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente, bien con la ayuda de las autoridades centrales o a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil”; *vid.* COM (2016) 411 final.

¹⁰⁹ Bajo la legislación anteriormente vigente se dictó el AAP Madrid de 31 de marzo de 2015 (sección 22ª), que reconocía la competencia objetiva para conocer de un caso de sustracción internacional de menores de un Juzgado de Violencia con base en el artículo 87 *ter* 2, d) LOPJ cuando simultáneamente se diesen los demás requisitos del artículo 87.3 *ter* LOPJ, es decir, cuando las partes estuvieran a la vez incurso en un procedimiento penal por violencia de género. Sin embargo, en el sistema actualmente vigente en nuestro país no es posible atribuir competencia a los juzgados de violencia de género, pues se obliga a una concentración de competencia en los juzgados de familia (art. 778 *quáter* LEC). Sobre esta cuestión, *vid.* F.-J. FORCADA-MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr*: 2016, p. 43.

en cómplices de la perpetuación de esta forma de violencia privada, tal y como ha declarado el Comité CEDAW en su Dictamen sobre el asunto González Carreño contra España, en el que se acusa a las autoridades españolas de seguir un patrón de actuación “que obedece a estereotipos y minimiza la situación de las víctimas de violencia doméstica, colocándolas en una situación de especial vulnerabilidad”¹¹⁰.

Finalmente, la configuración de la orden de retorno dictada por el juez de la residencia habitual del menor anterior a su traslado como título ejecutivo europeo (*ex. art. 42. 1 RBIIbis*) no se compadece en absoluto con la necesaria perspectiva de género que debe presidir la solución del secuestro de menores llevado a cabo por una madre víctima de violencia. En muchos casos el juez de origen del menor que exige su retorno no tiene acceso directo ni al niño ni a su madre sustractora, y esta falta de inmediatez hace que la atención del juez se centre excesivamente en la ilicitud del traslado o retención inicial, olvidando la imperiosa tutela de la mujer maltratada¹¹¹.

En definitiva, la solución de los litigios derivados de un secuestro internacional de menores desde una perspectiva de género exige una renovación del sistema de DIPr. actualmente vigente, que permita la adaptación de las soluciones legales a la realidad que se impone y que garantice una mejor gestión de las situaciones de violencia doméstica que llevan a la madre a huir del domicilio familiar con sus hijos¹¹².

44. La gestión de esta (nueva) realidad requiere además una mayor sensibilidad en el tratamiento de las situaciones previas que pueden derivar en un supuesto de traslado ilícito de menores¹¹³. Efectivamente, en muchas ocasiones una inadecuada solución de las disputas relativas al cambio de residencia de los menores, que se producen cuando es el progenitor que tiene a cargo a los niños quien desea trasladarse al extranjero (*relocation disputes*), puede derivar en un secuestro internacional¹¹⁴. El problema afecta particularmente a la mujer, que generalmente ejerce la mayor parte del cuidado de los hijos tras las rupturas de pareja, de manera que muchas veces la libertad de movimiento de la madre está inevitablemente condicionada por el derecho de los menores a relacionarse con el padre que no se traslada y el derecho de éste a mantener relaciones personales con sus hijos¹¹⁵. En estos casos, si se estableciesen mecanismos adecuados para que la mujer que se traslada al extranjero (con la finalidad de tener un mejor trabajo o de iniciar una nueva relación sentimental) pueda también trasladar al niño lícitamente, tal vez desista de actuar de forma unilateral, incurriendo en la comisión de un delito. Debe tratarse de que la mujer en ningún caso tenga que elegir entre renunciar a la custodia de sus hijos o desistir de sus planes de traslado¹¹⁶.

¹¹⁰ La aplicación de una perspectiva de género hubiera permitido que se identificaran las conductas violentas y que se ponderaran adecuadamente las pretensiones de los implicados, tomándose las medidas adecuadas para proteger a la madre y a la hija; *vid. J. MANTILLA FALCÓN: “Derecho y perspectiva...”, loc. cit.*, p.121. Sobre la (limitada) eficacia de la decisión del Comité CEDAW en este asunto, *vid. R. ABRIL STOFFELS, “The “effectiveness” of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreno v. Spain”, Spanish Yearbook of International Law*, nº 19, 2015, pp. 365-372.

¹¹¹ *Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La regulación comunitaria...”, loc. cit.*, pp. 649-653.

¹¹² En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente, aunque de forma tímida, el Parlamento Europeo. En su Resolución legislativa de 18 de enero de 2018 sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)), el Parlamento ha introducido sendas enmiendas a los considerandos 17 y 19 del texto propuesto llamando la atención sobre la necesidad de tomar en consideración las situaciones de violencia doméstica o de género en la adopción de decisiones judiciales sobre responsabilidad parental. El texto de la Resolución puede encontrarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0017+0+DOC+PDF+V0//ES>

¹¹³ Junto a estas medidas también se ha propuesto utilizar una noción restrictiva de custodia, considerando que no cabe entender como “residencia habitual” aquella en la que quien está a cargo del menor se ve forzado a vivir contra su voluntad; en este sentido, *vid. M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores ...”, loc. cit.*, p. 184. También sobre la necesidad de redefinir los conceptos de “residencia habitual” y de “custodia”, *vid. F.-J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, REDI*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 342-343.

¹¹⁴ *Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas relocation disputes”, REDI*, vol. LXII, nº 2, 2010, p. 54.

¹¹⁵ Así lo evidencia el estudio de R. GEORGE y K. BADER, “Parents’ experiences of relocation disputes”, *Family Law*, vol. 44, nº 6, 2914, pp. 834-840.

¹¹⁶ Ésta ha sido precisamente la decisión de la AP Girona en su Auto de 27 de julio de 2017 (Roj: AAP GI 889/2017), en la que el tribunal gerundense confirma la licitud del traslado de una menor a Francia por su madre, que se vio abocada a abandonar

En cualquier caso, entre los elementos que han de tenerse en cuenta para decidir el traslado de un menor, la existencia de cualquier antecedente de violencia o abuso familiar, ya sea físico o psicológico, debe ocupar un lugar determinante¹¹⁷. Más aún, en situaciones de violencia de género, la regla general debería ser la de la autorización del traslado de los menores, pues “no tiene ningún sentido que se dicten órdenes de alejamiento y, en cambio, no se permita a las víctimas autoprotgerse, poniendo distancia con la situación de violencia”¹¹⁸. Una vez más, la solución del litigio con perspectiva de género plantea un importante problema de prueba, cuya valoración exige una formación específica desde esta óptica, que hemos venido defendiendo a lo largo de este trabajo¹¹⁹.

IV. Conclusión

45. En todos los manuales de DIPr. la primera lección se dedica a determinar el objeto de nuestra disciplina, que se identifica con la regulación de las situaciones privadas afectadas por un elemento de internacionalidad. El análisis realizado en este trabajo pone de manifiesto que, en muchos casos, esta regulación no garantiza suficientemente uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la igualdad de hombres y mujeres, por lo que abordar la solución de los problemas que constituyen el objeto del DIPr. desde una perspectiva de género se convierte en una necesidad imperiosa.

La “feminización” de este sector de nuestro ordenamiento jurídico exige una revisión de las normas vigentes para garantizar que la dignidad, la igualdad y la libertad personal de la mujer sean respetadas en todos los ámbitos. Con esta finalidad deberían establecerse mecanismos que permitan a la mujer ejercer libremente su autonomía (material y conflictual) en el ámbito del Derecho de familia; habrían de fijarse líneas de actuación legislativa que favorezcan una aplicación homogénea de la excepción de orden público frente a ordenamientos extranjeros abiertamente discriminatorios; y sería necesario adaptar la normativa vigente a las exigencias derivadas de los cambios producidos en nuestra sociedad, en unos casos para permitir compatibilizar los derechos fundamentales de la mujer con la salvaguarda del interés superior de sus hijos, y en otros casos para dar una respuesta directa a nuevas realidades sociales en las que la posición de la mujer es especialmente vulnerable.

Finalmente es necesario que nuestras autoridades resuelvan los conflictos que plantean las situaciones privadas internacionales, como las que han sido objeto de este estudio, desde una perspectiva libre de estereotipos, que les permita atender a las necesidades de la mujer en el caso concreto, a través de una aplicación de las normas vigentes materialmente orientada a garantizar la tutela efectiva del “mejor interés de la mujer”.

el domicilio familiar para recabar la ayuda de su familia ante el incumplimiento por el padre de la obligación de alimentos para con sus hijos.

¹¹⁷ Así se recoge en la Declaración con la que concluyó la Conferencia celebrada en *Washington* del 23 al 25 de mayo de 2010 sobre la reubicación de familias entre países transfronterizos; el documento puede consultarse en <https://assets.hcch.net/upload/decl_washington2010s.pdf>. La existencia de una situación de violencia doméstica como factor determinante en la solución de los supuestos de secuestro de menores es especialmente tomado en consideración en el Derecho americano; estudia este sistema, en comparación con el Derecho civil catalán, L. DANIELS SIMON, “Child Relocation Law in Spain and in the Unites States. An Analysis of the Current Legal Regulation of Child Relocation Disputes in Catalonia and the Unites States’ Jurisdictions”, *InDret*, nº 4, 2014, “<http://www.indret.com/pdf/1082.pdf>”.

¹¹⁸ *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores...”, *loc. cit.*, p. 73.

¹¹⁹ Carente de esta perspectiva parece la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 13 de junio de 2017 (JUR 2017\276790), en la que el tribunal catalán considera improcedente la adopción de medidas limitativas del ejercicio del derecho de visita que impidan al padre trasladar a sus hijos a Marruecos al no haberse practicado prueba tendente a acreditar una situación de riesgo para los menores derivada de ese traslado; la Audiencia Provincial justifica esta falta de prueba en la existencia de un Convenio bilateral entre nuestro país y el reino de Marruecos y en la vinculación de ambos con el CH1980.

LA SUCESIÓN DE CIUDADANOS BRITÁNICOS EN ESPAÑA TRAS LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 650/2012*

SUCCESSION OF BRITISH CITIZENS IN SPAIN AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF REGULATION 650/2012

ALFONSO YBARRA BORES

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado

Universidad Pablo de Olavide

ORCID ID: 0000-0001-6129-1161

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 26.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4130>

Resumen: Desde la aplicación del nuevo Reglamento sucesorio europeo el 17 de agosto de 2015 han surgido interesantes cuestiones prácticas: así, la posible validez de la elección de ley aplicable a la sucesión realizada en disposición testamentaria anterior a dicha fecha; el intento de eliminación de la tradicional práctica de otorgamiento de testamentos parciales en España para ordenar la sucesión de bienes aquí situados; o la nueva doctrina en torno a la exigencia de aportación de certificados de actos de última voluntad de registros extranjeros. Se aborda en el presente trabajo el estado actual de estas cuestiones que afectan de un modo muy particular, por las propias peculiaridades de su sistema, a las sucesiones abiertas en España que afectan a causantes británicos.

Palabras clave: sucesiones internacionales, Reglamento 650/2012, testamentos parciales, *professio iuris*, Derecho inglés.

Abstract: Since the new European successions Regulation entered into force on 17 August 2015, interesting practical issues have arisen: thus, the potential validity of the choice of applicable law to the succession made in testamentary disposition prior to the said date; the attempt to eradicate the traditional practice of making partial wills in Spain in order to dispose the succession of assets located here; or the new doctrine about the requirement to provide certificates of foreign registries of last wills. In this work we will address the current situation of those issues which affect to a greater measure, due to the specificities of their system, the successions opened in Spain which concern to deceased British citizens.

Keywords: international successions, Regulation 650/2012, simpliciter testaments, *professio iuris*, English Law.

Sumario: I. Introducción: la aplicación del nuevo Reglamento sucesorio europeo. II. La elección de ley aplicable a la sucesión realizada con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 650/2012. 1. La desconcertante Resolución de 13 de agosto de 2014. 2. La radical flexibilización en la admisión de la elección de ley anticipada. 3. La confirmación de la doctrina de la flexibilización. 4. La sorprendente Resolución de 10 de abril de 2017: ¿una vuelta atrás? III. La pretendida erradicación de los testamentos simpliciter como medio de ordenación de la sucesión de bienes situados en España. IV. La aportación de certificados de registros de actos de última voluntad extranjeros. 1. El inicio de la controversia: la Resolución de 1 de julio de 2015. 2. La incierta doctrina tras la tormenta inicial. 3. La situación tras la aplicación del Reglamento 650/2015: la Resolución de 10 de abril de 2017. V. Conclusiones.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2014-58581-R, “La renovación del Derecho de sucesiones ante los retos sociales en Europa y en España” (REDESUC), del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad.

I. Introducción: la aplicación del nuevo Reglamento sucesorio europeo

1. En un trabajo anterior publicado en la presente Revista ponía sobre la mesa determinados problemas que preveía se podían plantear en relación a la sucesión de nacionales británicos, en concreto ciudadanos sujetos al Derecho inglés (esto es, domiciliados en Inglaterra o Gales), y normalmente residentes en España¹. Ello lo acometíamos a hilo de la entonces inminente aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, Reglamento 650/2012)².

2. El objetivo principal del Reglamento 650/2012 ha sido el permitir adecuar la organización y planificación por parte de los ciudadanos europeos de su sucesión en el contexto de la Unión Europea (Considerandos 7 y 80), siendo instrumento pionero en regular de una manera unitaria los tradicionales ámbitos que vienen siendo considerados como contenido típico del Derecho internacional privado. El Reglamento tiene carácter universal o *erga omnes* (artículo 20)³, lo cual, unido a la primacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho interno de los Estados miembros ha dado lugar a que, con carácter general, cuando el mismo sea de aplicación, haya remplazado en la práctica a las normas de producción internas de cada Estado en las materia propias de su ámbito, esto es, competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos⁴.

3. El Reglamento 650/2012 regula, entre otros extremos, la cuestión de la determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales⁵ y, con carácter general, se aplica a las sucesiones de

¹ “La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 7, n. 1 (2015), pp. 226-254.

² DOUE L201, de 27 de julio de 2012. En relación al Reglamento 650/2012 *vid.*, entre otros, M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo Reglamento de la UE*, Marcial Pons, Madrid, 2013; T. BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *RDI*, n. 4, 2013, pp. 1116-1145; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, n° 2, pp. 293-324S; A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruilant, Bruselas, 2013; M.T. BENITO CAÑIZARES, “Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 750, julio-2015, pp. 2017-2089; M. BUSCBAUM, “Die neue EU-Erbrechtsverordnung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 33, 2013, pp. 2393-2398; A. DAVI y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol.5-II, 2013, pp. 5-139; A. DUTTA, “Das neue internationale Erbrecht des Euroäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”, *FamRZ*, 2013-1, pp. 4-15; J.M. FONTANELLAS MORELL, “El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones”, *REDI*, 2013, n° 1, pp. 284-290I; I. HEREDIA CERVANTES, “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones”, *La Ley*, núm. 7933, 28 septiembre de 2012; G. KHAIRALLACH y M. REVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013; P. FRANZINA y A. LERANDRO (Coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milán, 2013; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; L. PRATS ALBENTOSA, “El Derecho civil de sucesiones de la Unión Europea: El Reglamento (UE) 650/2012”, *Diario La Ley*, n° 8635, de 29 de octubre de 2015; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *REEI*, núm. 27, junio 2014, pp. 1-59; J. TARABAL BOSCH y M.E. GINERBRA MOLINS (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016; A.L. CALVO CARAVACA y A. DAVI (Dirs.) *The EU Succession Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; I.A. CALVO VIDAL (Coord.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014 y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

³ El carácter universal del Reglamento 650/2012 implica que a través de sus normas se determina la ley aplicable a las sucesiones internacionales en la Unión Europea, siendo indiferente a tal fin que la ley designada mediante la aplicación de sus artículos 21 y 22 sea la de un tercer Estado.

⁴ En el caso español resultan directamente “afectados” (que no derogados) el artículo 22 Ley orgánica del poder judicial, el artículo 9.8 del Código civil y las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones contenidas en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (arts. 41 a 57). El Reglamento 650/2012 viene a poner de manifiesto que el espacio reservado a las normas de Derecho internacional privado de cada Estado miembro se reduce progresivamente como consecuencia de su continua *comunitarización* (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 294).

⁵ Llama la atención que, a diferencia de lo que acontece en otros Reglamentos de naturaleza conflictual (así en los Reglamentos Roma I, Roma II y Roma III, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; a las obligaciones extracontractuales y

personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015 (artículos 83.1 y 84)⁶. A los efectos de las diversas materias abordadas en el presente trabajo han de señalarse, siquiera sucintamente, los criterios de conexión utilizados en el Reglamento 650/2012 para la determinación de la ley que ha de regular la sucesión. Como se apreciará, con carácter general los criterios elegidos –que operan en cascada o de manera sucesiva– evidencian que la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será una sola ley (art. 23), lo cual pone de manifiesto el triunfo del principio de unidad, pues será una única la ley que se aplique a la sucesión de todos los bienes del causante, independientemente de su naturaleza y del país donde se encuentren⁷. Los criterios en cuestión son los siguientes:

- a) en primer lugar, la sucesión se regirá por la ley del Estado cuya nacionalidad ostente el causante en el momento de realizar la elección o del fallecimiento, y siempre que haya sido elegida por aquél en los términos contemplados en el artículo 22⁸;
- b) en segundo término, en el caso de que no hubiera habido elección, la sucesión se regirá por la ley del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.1). La residencia habitual en el Reglamento 650/2012 comporta un concepto eminentemente fáctico, debiéndose deducir de lo dispuesto en sus Considerandos 23 y 24, pues llama la atención que en el articulado del Reglamento –a diferencia de lo que acontece en otros reglamentos dictados también en desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia– no se establezca una definición de lo que ha de entenderse por residencia habitual⁹;
- c) por último, se establece una cláusula de excepción en relación a la anterior conexión al disponerse que si de todas las circunstancias del caso resulta claramente que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su última residencia habitual, en tal caso la ley aplicable será la de ese otro Estado más conectado con el supuesto (art. 21.2). La prueba de ello deberá referirse a las circunstancias que rodearon la vida del causante durante los años precedentes al fallecimiento, así como también en el momento del mismo¹⁰.

al divorcio y la separación judicial, arts. 1, respectivamente), en el Reglamento 650/2012 no se utilice la expresión “situaciones que impliquen un conflicto de leyes” para resaltar su aplicación en el ámbito internacional. Sin embargo, no cabe duda de que el Reglamento sólo se aplica a situaciones de sucesiones *mortis causa* que tienen repercusión transfronteriza, que contienen elementos extranjeros, que se encuentran conectadas con varios Estados (*vid.* al respecto Considerandos 1, 7 o 67 del Reglamento 650/2012 y A. DAVI y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, p. 17).

⁶ Dispone el artículo 84 del Reglamento 650/2012 sobre su entrada en vigor que la misma tendrá lugar a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (esto es, el 16 de agosto de 2012), si bien se establece a continuación que, con carácter general, “será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015”. Por su parte, en el artículo 83.1, y en el marco de las disposiciones transitorias, se establece que: “Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha”.

⁷ El Reglamento se decanta así por un sistema unitario, tanto respecto a la conexión objetiva de la sucesión referida a la última residencia habitual del *de cuius* (artículo 21), como desde el punto de vista subjetivo, al permitir la elección de ley aplicable o *professio juris* únicamente sobre la totalidad de la sucesión (artículo 22).

⁸ En este precepto del Reglamento 650/2012 se introduce la posibilidad de la *professio iuris* o elección de ley aplicable a la sucesión en el marco de las sucesiones internacionales (*infra*).

⁹ En todo caso, no cabe duda de que el término “residencia habitual” es un concepto autónomo propio del Reglamento 650/2012, al margen de las concepciones que sobre el particular puedan tener los distintos Estados miembros, pues sólo de esta manera se garantiza su aplicación uniforme. Sobre lo que ha de entenderse por residencia habitual a efectos del Reglamento 650/2012 *vid.* A. BONOMI, “article 21. Règle générale”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, pp. 285-290; M.T. BENITO CAÑIZARES, “Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas”, *cit.*, pp. 2033-2036 y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, *cit.*, pp. 200-204.

¹⁰ En relación al contenido de esta excepcional cláusula ha de tenerse en cuenta que no se trata de que la sucesión considerada en su conjunto contenga vínculos más estrechos con otro Estado (lo cual, por múltiples razones, podría ser complicado de acreditar), sino de que sea el causante quien presente tales vínculos. Por ello, como acertadamente indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “esta cláusula de excepción protege las expectativas legales del causante en la organización de su sucesión *mortis causa*, y en el caso de que dicho causante no haya otorgado disposiciones *mortis causa*, protege a los terceros, sabedores de que el causante tenía un vínculo muy estrecho con un concreto país distinto del Estado de su última residencia habitual” (“Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, marzo 2014, v. 6, núm. 1, p. 30).

4. Pues bien, siendo a día de hoy plenamente de aplicación el Reglamento 650/2012, algunos de los posibles problemas que planteábamos en nuestro anterior trabajo han sido ya objeto de tratamiento y valoración por parte de nuestras autoridades. En particular por la Dirección General de los Registros y del Notariado al hilo de diversos recursos interpuestos contra denegaciones de inscripciones de escrituras de adjudicación de herencias donde el causante era extranjero, normalmente residente en España, y en la mayoría de los casos de nacionalidad británica y habiendo otorgado testamento en España. Será por esta razón por la cuál pondremos particular énfasis en las sucesiones que afectan a los referidos nacionales, donde además la situación ha venido a complicarse como consecuencia del conocido resultado del referéndum sobre el *Brexit* celebrado en el Reino Unido el 23 de junio de 2016.

En concreto, vamos a ver cómo el Reglamento 650/2012 ha afectado a tres cuestiones de gran calado práctico: así, en primer término abordaremos la posible existencia anticipada de *professio iuris*, esto es, la validez o no de la elección de la ley aplicable a la sucesión realizada en disposición testamentaria con anterioridad a la aplicación del Reglamento; posteriormente analizaremos la situación de la pretendida erradicación de la práctica notarial española relativa al otorgamiento de testamentos parciales para regular únicamente la sucesión de los bienes que el causante extranjero tiene en España; y finalmente trataremos el asunto relativo a la obligación de aportar certificados de actos de última voluntad de registros extranjeros ante las autoridades españolas en casos de sucesiones de extranjeros abiertas en España.

II. La elección de ley aplicable a la sucesión realizada con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 650/2012

5. Ya hemos adelantado que el artículo 22 del Reglamento 650/2012 ha dado entrada en nuestro Derecho a la figura de la *professio iuris*, esto es, a la posibilidad de que el causante ordene la regulación de su sucesión por la ley que elija de entre las que se encuentren conectadas con el supuesto. En concreto, si ésta se produce en los términos previstos en el referido artículo 22, entonces será aplicable a la sucesión la ley de la nacionalidad del causante –en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento– en lugar de la ley de su residencia habitual al momento del fallecimiento.

6. Realmente la institución de la *professio iuris* en relación con la sucesión *mortis causa* apenas era aceptada en unos pocos Estados hasta no hace mucho. Así, por ejemplo, y con distinto alcance, se conocía en países como Alemania, Italia, Holanda, Bélgica o Suiza¹¹. Su fundamento se encuentra en la voluntad de evitar la imprevisibilidad de la ley sucesoria que resultare aplicable conforme a la posterior y última residencia habitual del causante y con ello tratar de garantizar la seguridad jurídica¹². Por su parte, su precedente normativo lo hallamos en el ámbito convencional, en concreto en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (artículo 5)¹³.

¹¹ Sobre la *professio iuris* en el ámbito sucesorio *vid.*, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, en M.P. GARCÍA RUBIO (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Manuel Lete del Río*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 17-49; A. BONOMI y J. BERTHOLET, “La *professio iuris* en droit international privé suisse et comparé”, *Mélanges de l’Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 355-380; A. BONOMI, “Article 22. Choix de loi”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, pp. 301-305; E. HUIAS CID, “La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos”, *Notariado del Siglo XXI*, n° 69, septiembre-octubre 2016; J.M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010 e *id.* “La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria”, *Dereito*, 2011, núm. 2, pp. 83-129 y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, *cit.*, pp. 211-222.

¹² A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, *cit.*, p. 212.

¹³ El artículo 5 del citado instrumento establece que: “Una persona puede designar la ley de un Estado en particular para que regule la totalidad de la sucesión. Será efectiva sólo si al tiempo de realizar la designación o su fallecimiento, fuera nacional o residente habitual de dicho Estado”. El convenio, que apenas ha sido ratificado por cuatro Estados, nunca llegó a entrar en vigor (el estado de situación del mismo puede consultarse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=62>).

7. Siendo aplicable el Reglamento 650/2012 a las sucesiones de personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015, sin embargo la disposición transitoria contenida en su artículo 83.2, adelanta la admisibilidad de la *professio iuris*. Efectivamente, tal norma permite lo que pudiéramos denominar la posibilidad de una elección de ley aplicable anticipada, esto es, con carácter previo a la aplicación del Reglamento. Y ello es así al establecer que cuando el causante hubiera elegido antes del 17 de agosto de 2015 la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III del Reglamento o bien las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, ya sea en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía.

8. Pues bien, admitida por el Reglamento 650/2012 la posibilidad de llevar a cabo una *professio iuris* anticipada en los términos expuestos, se ha planteado una interesante cuestión: en concreto, nos referimos a la interpretación que se viene haciendo por la Dirección General de los Registros y del Notariado de determinadas cláusulas “dudosas”, contenidas en disposiciones de última voluntad –expresas o, seguramente tácitas– anteriores al 17 de agosto de 2015, de las cuales se pudiera deducir una posible elección anticipada de la ley aplicable a la sucesión. Como indicamos al inicio, la cuestión la vamos a abordar en particular en lo que afecta a la sucesión de británicos, normalmente residentes en España, y propietarios de bienes en España. Y ello en tanto que son los casos de estos nacionales los más relevantes que se han venido planteando hasta la fecha ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

9. Efectivamente, teniendo en cuenta las significativas diferencias existentes entre el sistema sucesorio del Derecho inglés y el sistema de Derecho continental vigente en España¹⁴, se han venido planteando ante la Dirección General de los Registros y del Notariado diversos supuestos en los que los causantes, mayoritariamente nacionales británicos, habían otorgado testamento en nuestro país para disponer exclusivamente sobre la sucesión de sus bienes aquí situados. Dichos testamentos parciales fueron otorgados con anterioridad al 17 de agosto de 2015 y normalmente conforme a las disposiciones propias del Derecho sucesorio inglés, sin ajustarse por lo tanto al sistema de legítimas propio de nuestro Derecho¹⁵.

10. Llegados a este punto la cuestión a abordar será determinar si el otorgamiento de dichos testamentos con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 650/2012, y teniendo en cuenta las disposiciones sucesorias contenidas en los mismos, puede dar lugar a la existencia de una *professio iuris*

¹⁴ Debe tenerse en cuenta que las *family provisions* del Derecho inglés no equivalen ni a la legítima fuerte de la tradición francesa y española ni a la legítima meramente obligatoria del sistema alemán. Tal institución da lugar a una posible acción a favor de ciertas personas dependientes del causante para reclamar judicialmente que le sea concedido el pago de una cantidad –no concretada– con cargo a la herencia, tratándose de una indemnización surgida por una deuda moral del causante frente un grupo indeterminado de posibles beneficiarios que la determina el juez *in casum*. Su regulación se contiene en la *Inheritance (Provisions for Family and Dependants Act 1975*, la cual fue reformada por la *Law Reform (Successions) Act 1995*. Y en relación a otro trascendental aspecto en el fenómeno sucesorio, el de la administración de la herencia, baste señalar que en el Derecho inglés, a diferencia de lo que acontece en el nuestro, la misma se lleva a cabo a través de una tercera persona –*personal representative*– designada y controlada judicialmente: bien el *administrator* o bien el *executor*.

Sobre las diferencias entre el sistema sucesorio inglés y el español, y las consecuencias que en la práctica ello puede tener, véase A. JIMÉNEZ CLAR, “Algunas consideraciones sobre el Reglamento Sucesorio Europeo y sobre sus efectos en la Sucesión Mortis Causa de los ciudadanos británicos en España”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 1, pp. 29-33; R. RIVAS ANDRÉS, “La presentación del título sucesorio en el Registro de la Propiedad según la doctrina de la DGRN (primera parte)”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 86-87, 2013, pp. 342-345; A. BARRO GALLARDO, “La autonomía privada en el Derecho de sucesiones: de la legítima continental a la *family provision* inglesa”, *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, vol. VII (2015-2016), pp. 259-289; A. PASCUAL CARRILLO, “Derecho español de Código vs. Derecho anglosajón”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 911, 2015, p. 5 y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, quien destaca el debilitamiento de la legítima como consecuencia del Reglamento 650/2012 dado que los británicos residentes en España tienen ahora la opción de designar como aplicable su ley nacional, evitando el sometimiento a la legítima (*El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, cit., pp. 130-132).

¹⁵ Sobre el estado actual de la doctrina en relación a la validez de estos testamentos parciales o *simpliciter*, tradicionalmente admitidos en las notarías españolas, véase *infra* apartado III.

válida y, en consecuencia, a la aplicación a tales sucesiones del derecho extranjero elegido –en nuestro caso el Derecho inglés–, en lugar del Derecho español¹⁶.

1. La desconcertante Resolución de 13 de agosto de 2014

11. En relación al tema que abordamos fue pionera la Resolución de la Dirección General de 13 de agosto de 2014¹⁷. En el caso tratado el causante, nacional británico, falleció en Cádiz en 2013, esto es, con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento. En el testamento previamente otorgado de forma abierta ante notario español el causante había instituido heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su segunda esposa y, en caso de que ésta le premuriera, a sus dos hijos por partes iguales. Además, y esto es muy a destacar, el causante manifestó en la disposición testamentaria que “tal disposición era factible conforme a su ley nacional”, esto es, el Derecho inglés.

12. En el recurso contra la calificación denegatoria por entender el registrador que debían concurrir a la sucesión los hijos del causante, la viuda invocó el artículo 83.2 del Reglamento 650/2012 para defender la existencia de una válida elección de la ley inglesa¹⁸. Con estos hechos la Dirección General declara acertadamente que el referido artículo lo que contiene es una norma que permite anticipar la preparación de las sucesiones *mortis causa* conforme a las posibilidades ofrecidas por el Reglamento –muy en particular mediante la elección de ley aplicable a la sucesión–, pero que únicamente dará lugar a la procedencia de su aplicación si se cumple el requisito de que el fallecimiento del causante tuviera lugar a partir del 17 de agosto de 2015 (*ex arts.* 83.1 y 84). Sin embargo, siendo este argumento de por sí claro y suficiente para dejar zanjada la discusión sobre la posible aplicación anticipada al caso del Reglamento 650/2012, sin embargo la Dirección General utilizó –a nuestro entender de una manera innecesaria y, además, errónea– dos argumentos adicionales para justificar la no aplicación al caso del Reglamento. Veamos:

- a) Por una parte mantuvo que constituye otro obstáculo a la aplicación del artículo 83.2 el hecho de la nacionalidad británica del finado, y ello atendiendo a lo dispuesto en el Considerando 83 del Reglamento, pues “de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo número 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del citado Reglamento y no quedan vinculados por él y por sus normas de aplicación (al no haber ejercitado la facultad *opt-in* que les confieren los citados instrumentos)”.

Decíamos que se trata de un grave error en tanto que, una vez aplicable el Reglamento 650/2012 (entonces todavía no lo era) las normas contenidas en él son las que deben utilizar las autoridades de los Estados miembros participantes para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de una sucesión internacional. En el caso de España el Reglamento 650/2012 ha sustituido al artículo 9.8 del Código Civil¹⁹ y sus normas de conflicto (artículos 21 y 22) son las que se tienen en cuenta por nuestras autoridades para determinar la ley aplicable a la sucesión²⁰. Y ello es así, dado el carácter universal del Reglamento

¹⁶ Que normalmente sería el derecho aplicable a la sucesión, *ex art.* 21.1 del Reglamento 650/2012, en el caso de que se entendiera que no hubiera existido elección, ni expresa ni tácita.

¹⁷ B.O.E. núm. 242, de 6 de octubre de 2014.

¹⁸ Ello en cuanto que en dicho apartado segundo, como hemos visto, se adelanta la admisibilidad de la *professio iuris*, ampliando incluso sus términos al del periodo de *vacatio legis* (en el caso el testamento fue otorgado precisamente en dicho periodo, esto es, entre el 16 de agosto 2012 y el 17 de agosto 2015), siempre que el causante hubiera elegido la ley aplicable en la forma establecida en el artículo 22 (*vid.* nota 27).

¹⁹ En consecuencia, como ya advertimos, a partir de la aplicación del Reglamento 650/2012 el artículo 9.8 del Código civil ha quedado limitado a la regulación de los conflictos internos que puedan surgir en nuestro sistema y, en su caso, a los aspectos sustantivos no incluidos en el ámbito de aplicación material del mismo (art. 1.2).

²⁰ Es decir, el Reglamento 650/2012 sólo es derecho positivo vigente para los Estados miembros de la Unión Europea participantes en el mismo, por lo que los Estados miembros no participantes (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) no se

(art. 20), con independencia de que el causante sea nacional de un Estado miembro, del Reino Unido, de Irlanda o de Dinamarca (Estados miembros no participantes en el Reglamento)²¹, o incluso de un tercer Estado no comunitario²².

- b) Por otro lado, y de mayor interés a los fines de la determinación de la existencia o no de elección de ley aplicable, la Dirección General rechazó también la aplicación del artículo 83.2 debido a que “no puede entenderse realizada la elección de ley aplicable en el título sucesorio, en cuanto simplemente se reconoce la nacionalidad del causante sin expresa declaración de sometimiento a su ley nacional, manifestación que ha de ser explícita conforme al Considerando 39 del Reglamento”. Pues bien, llama la atención que se indique que la manifestación de elección de ley aplicable a la sucesión habría de ser “explícita conforme al Considerando 39 del Reglamento”, y ello por una doble razón:

En primer término en cuanto que, por un lado, el referido Considerando no es eso precisamente lo que indica, sino más bien todo lo contrario, pues admite la posibilidad de que pueda resultar una elección de forma tácita²³. Y, al margen de ello, el propio artículo 22.2 del Reglamento 650/2012 reconoce como válida la elección tácita de la ley aplicable²⁴.

Y en segundo lugar, porque en la eventualidad de haber sido de aplicación al caso el Reglamento, a nuestro entender sí que había tenido lugar la elección de la ley aplicable. En efecto, el causante había otorgado testamento abierto ante notario español donde, además de instituir heredera de todos los bienes, acciones y derechos a su segunda esposa (conforme al Derecho inglés, lo cual ya es un indicio claro de la voluntad), manifestó de manera expresa que tal disposición “era factible conforme a su ley personal”, esto es, conforme la ley inglesa.

13. Así las cosas, lo discutible en todo caso sería si la elección tuvo lugar de una manera expresa o tácita. Y si puede entenderse discutible la existencia de la primera opción, creemos que en todo caso sí hubo una elección tácita, pues la misma resulta evidente del contenido del testamento. Así, a tenor del Considerando 39 del Reglamento puede considerarse que existe elección tácita en el supuesto de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en el testamento a determinadas disposiciones específicas de la Ley del Estado de su nacionalidad “o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley”. En el caso es evidente que el testador organizó su sucesión en testamento conforme a lo que dispone la ley de su nacionalidad y, aunque no exista dato alguno en la Resolución de que se haya hecho en el mismo referencia a disposición específica alguna de dicha ley, es claro que ha realizado una mención ex-

consideran Estados miembros a efectos del Reglamento 650/2012 (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 294).

²¹ En este sentido, el *opt-out* del Reino Unido en relación al Reglamento 650/2012, desde la perspectiva de la ley aplicable, lo que significa en la práctica es que sus autoridades –judiciales y extrajudiciales– no aplican el Reglamento para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de una sucesión internacional de la que conozcan. Por el contrario, tales autoridades seguirán utilizando su tradicional sistema interno escisionista de origen germánico que distingue entre la aplicación de la *lex rei sitae* para la sucesión de los bienes inmuebles y la *lex domicilii* para la de los muebles.

²² Lo cual acontecerá en principio con el Reino Unido a partir de marzo de 2019, cuando se produzca la salida efectiva de dicho Estado miembro de la Unión Europea como consecuencia del *Brexit*.

²³ Dispone el Considerando 39 que la elección deberá hacerse explícitamente en una declaración en forma de disposición *mortis causa* “o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo”.

²⁴ A tenor del artículo 22.2 del Reglamento la elección de ley deberá tener lugar expresamente en forma de disposición *mortis causa* “o habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo”. Y a los efectos del Reglamento se entiende por disposición *mortis causa*: un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio (artículo 3.1, d). Por lo tanto, dada la claridad del artículo 22.2 al respecto, no había siquiera necesidad de acudir al auxilio interpretativo de lo dispuesto en los considerandos del texto. Como indica M.T. BENITO CAÑIZARES, “la designación imprecisa de la ley de la nacionalidad está presente en el Reglamento, en tanto que dicha elección podría “resultar” (deducirse), de los términos de una disposición *mortis causa*” (art. 22.2); indica la referida autora que se incluyó en el último momento la posibilidad de lo que se ha denominado “elección tácita” de la ley aplicable, para mitigar algo la rigidez con que la doctrina calificaba el hecho de que la elección de la ley aplicable estuviera limitada a la nacionalidad del difunto y no se extendiera, como en otros instrumentos, a la *lex rei sitae* o a la ley del régimen económico matrimonio o incluso, a la de la residencia habitual del causante (“Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas”, *cit.* p. 2037).

plícita a ella al indicarse que lo dispuesto era factible conforme a su ley nacional y, de hecho, configurar el destino de su patrimonio según lo permitido en dicho Derecho²⁵.

14. En definitiva, la Resolución de 13 de agosto de 2014 descarta acertadamente la aplicación del Reglamento 650/2012 al caso dado que el causante había fallecido con anterioridad a la fecha de inicio de aplicación del instrumento en cuestión, por lo que en ningún caso procedía la aplicación anticipada de la *professio iuris* prevista en la disposición transitoria contenida en su artículo 83.2. Sin embargo, la Dirección General justificó también la desestimación de la pretensión de la recurrente con dos argumentos adicionales, la nacionalidad británica del causante y la inexistencia el caso de elección de ley aplicable, que no procedían en modo alguno. Afortunadamente veremos a continuación cómo la propia Dirección General ha venido a fijar posteriormente un criterio más adecuado en relación al uso y significado de estos dos últimos argumentos, en particular el relativo a la determinación de existencia o no de elección de ley aplicable en casos como el comentando.

2. La radical flexibilización en la admisión de la elección de ley anticipada

15. La Resolución de 15 de junio de 2016²⁶ cual abordó la sucesión de otro nacional británico, residente habitual en España al tiempo de su fallecimiento, ocurrido éste después del 17 de agosto de 2105, y el cual había otorgado testamento ante notario en España en 2003. En dicho testamento se limitó a instituir heredera de todos sus bienes sitos en España a su esposa, obviando cualquier tipo de disposición a favor de los tres hijos del matrimonio. El registrador de la Propiedad de Orihuela entendía que la ley aplicable a la sucesión era la española, dada la residencia habitual del causante al fallecer (art. 21.1 del Reglamento), no estimando que hubiera habido elección de ley atendiendo (*ex art.* 83.2 del Reglamento). En consecuencia, suspendió la inscripción de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia al no intervenir todos los herederos forzosos en la partición de la herencia, en concreto los hijos del matrimonio.

16. Es de remarcar que en este caso el testamento fue otorgado en 2003, esto es, con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor del Reglamento (el 16 de agosto de 2012), por lo tanto antes incluso del inicio del amplio período de *vacatio legis*. Además, en la redacción de la escritura notarial calificada se omitió toda explicación sobre la ley aplicable y demás circunstancias concurrentes, no constando informe alguno al respecto de la notaria autorizante.

17. En estas circunstancias la viuda beneficiaria de la herencia procedió a recurrir la calificación alegando como motivo principal que el Reino Unido no participó en el Reglamento 650/2012 (tal como se mantenía en la antes comentada Resolución de 13 de agosto de 2014) y, por lo tanto, no quedaba vinculado por él ni sujeto a su aplicación. El causante había manifestado en su testamento su voluntad de instituir heredera a su esposa, testamento redactado conforme a su ley nacional –la inglesa–, donde rige la libertad de disposición en la sucesión. Pues bien, la Dirección General no pone en duda la aplicación al caso del Reglamento 650/2012 (dada la fecha de fallecimiento del causante), por lo que de entenderse que había existido elección podía ser de aplicación el Derecho del Reino Unido, y ello a pesar de que dicho Estado se encuentre en situación de *opt out*. Con esto se corrige la errónea doctrina contenida al respecto en la Resolución de 13 de agosto de 2014 y no se atiende al argumento esgrimido por la recurrente.

²⁵ Sobre el particular mantiene J. CARRASCOSA GONZÁLEZ que la elección tácita o implícita de la ley aplicable a la sucesión puede inferirse de la referencia hecha a una institución legal existente en un concreto Derecho (*El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico, cit.*, pp. 138-140). En nuestro caso, al margen de disponer el causante conforme a lo permitido por el Derecho inglés, tendríamos incluso una referencia explícita al mismo.

²⁶ B.O.E. núm. 175, de 21 de julio de 2016. A propósito de la presente Resolución véase, E. HIJAS CID, “La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos”, *cit.* y M.A. IGLESIAS VÁZQUEZ, “A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo”, en *Notariado del Siglo XXI*, n° 69, septiembre-octubre 2016.

18. A la vista de la aplicación del Reglamento, quedaría entonces por analizar si la disposición testamentaria contenida en el testamento implica la realización efectiva de una elección por parte del causante a favor de la ley nacional o, si por el contrario, carece de entidad a tal fin. Y de ello dependerá que la sucesión se rija por la ley del Reino Unido (en el caso, la inglesa) o por la española. Pues bien, al respecto se establece con carácter previo que el hecho de que la *professio iuris* fuese desconocida en España antes del Reglamento 650/2015 no afecta a la aplicación de la norma europea en nuestro país en cuanto Estado miembro participante en el mismo. A continuación se hace una valoración del Considerando 39 sobre la forma en que ha de realizarse la elección de la ley aplicable a la sucesión (expresa o tácitamente), concluyéndose que debe predicarse una “interpretación flexible” de la disposición transitoria contenida en el artículo 83.2 redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años de *vacatio legis*, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión.

19. La Dirección General entiende que en este caso, al encontrarnos ante una disposición *mortis causa* realizada antes del 17 de agosto de 2015²⁷ con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el Reglamento, dicha ley nacional ha sido la elegida como ley aplicable a la sucesión, sin que se entre a calificar la elección como expresa o tácita²⁸. Para la Dirección General el título testamentario del causante británico “fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional, por lo que la sucesión se ha de regir por la ley británica”²⁹. Repárese en la flexibilidad y benevolencia de la interpretación a favor de considerar la existencia de elección anticipada de ley aplicable comparada a la realizada en la resolución de 13 de agosto de 2014, donde, con una disposición testamentaria a nuestro entender más diáfana en cuanto a la determinación de la existencia de elección de ley (incluso con una manifestación expresa del causante en tal sentido), sin embargo se concluyó declarándose la inexistencia en aquél caso de *professio iuris*³⁰.

20. Por lo tanto, después de la Resolución de 15 de junio de 2016 quedan claros dos aspectos en relación a la elección anticipada de ley aplicable a la sucesión:

- a) Por una parte, que una disposición de voluntad contenida en un testamento como la que aparece en el otorgado por el causante, donde se ajusta a disponer de su patrimonio conforme a

²⁷ Hasta la fecha existían dudas sobre si la elección anticipada de la ley aplicable a la sucesión *ex* artículo 83.1 del Reglamento debería realizarse obligatoriamente durante el periodo de *vacatio legis*. Lo cierto es que la Resolución que comentamos admite que basta con que la elección sea realizada antes del 17 de agosto de 2015 para que se considere válida, incluso si lo fue con anterioridad al 16 de agosto de 2012, fecha de entrada en vigor del Reglamento y de inicio del cómputo de la *vacatio legis*.

²⁸ Hay que poner de manifiesto que el artículo 22.2 del Reglamento 650/2012 no exige que la elección tácita sea “inequívoca”, como sí se establece en otros instrumentos comunitarios que regulan cuestiones de ley aplicable (así, en el Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales –art. 3.1– y en el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales –art. 14.1, *in fine*–). Ello es criticado por la doctrina, al tratarse de un ámbito, el sucesorio, donde una designación tácita acordada de manera ambigua y apreciada como tal por la autoridad competente puede dar al traste con las legítimas expectativas tanto del causante como de sus herederos (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, 2013, p. 313). En todo caso, y por seguridad jurídica, a nuestro entender no cabe duda que la elección tácita debe resultar clara, indubitada e inequívoca.

²⁹ Frente a esta flexible interpretación de cara a entender existente en el caso la *professio iuris* anticipada, hay que indicar que para algunos autores el hecho de la “específica sistemática” del testamento no es de por sí elemento decisivo para deducir de ello la existencia de una elección de ley aplicable por parte del causante a favor de su ley nacional; ello debería operar en conjunción con otros datos que, interpretados en su globalidad, denotasen la evidente intención del causante de someter su sucesión a la referida ley (A. DAVI y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internacionales privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 45-50).

³⁰ La flexibilidad a la hora de determinar la existencia en el caso tratado de *professio iuris* anticipada es destacada por I. ESPINHEIRA SOTO. En efecto, la citada autora resalta que la Dirección General apuesta aquí por una interpretación claramente flexible de la disposición transitoria del artículo 83, entendiendo que se ha producido elección dado que la disposición a favor sólo de la esposa “es conforme al tipo frecuente de los testamentos británicos”, entendiendo por ello que el título testamentario del causante británico fue vehículo suficiente para el establecimiento de la *professio iuris*, esto es, que el testador llevó a cabo la elección de su ley nacional, por lo que la sucesión debe regirse por la ley británica en lugar de la española (*vid.* VIII Dictamen de Derecho internacional privado, *Notarios y Registradores*, 27 de diciembre de 2017, pp. 6-7).

lo que le permite su ley nacional, debe ser considerada suficiente *ex art. 83* del Reglamento para entender que ha existido *professio iuris* a favor de la ley de su nacionalidad, debiendo ser ésta ley la que regule la sucesión.

- b) Por otra, que la elección anticipada de ley aplicable es válida incluso si se hubiera realizado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento (16 de agosto de 2012), por lo que no es requisito para la toma en consideración de la misma que hubiera tenido lugar durante el período de *vacatio legis* del Reglamento, como en principio se había interpretado. Por lo tanto, se realiza una interpretación sumamente flexible del artículo 83 para dar cabida en el mismo a cualquier elección anticipada realizada en cualquier momento anterior al 17 de agosto de 2015.

3. La confirmación de la doctrina de la flexibilización

21. En este mismo entorno, la Resolución de 4 de julio de 2016³¹ se ocupa del supuesto de otro nacional británico fallecido también en España, lugar de su última residencia habitual, quien había otorgado testamento en 2005 ante notario español. Conforme al mismo, y respecto a sus bienes situados en España, instituyó heredera universal a su esposa y la sustituía sin expresión de caso por sus dos hijos comunes con sustitución a su vez en estirpes.

22. No poniéndose en duda la aplicación al caso del Reglamento 650/2015, puesto que el fallecimiento tuvo lugar con posterioridad al 17 de agosto de 2015, la Registradora de la Propiedad dispuso la aplicación de la ley española a la sucesión dada la residencia habitual del causante al momento del fallecimiento (art 21.1) al entender que el causante no había optado por la posibilidad de elegir su ley nacional³². Por ello mantuvo que era necesaria la comparecencia en la partición de los descendientes del causante en su condición de herederos forzosos, motivo por el cual suspendió la inscripción.

23. La Resolución entra a valorar como cuestión previa si es aplicable el reenvío, cosa que a nuestro entender no era necesario haber hecho dado que ya se había declarado de una manera indubitada la aplicación al caso del Reglamento 650/2012. Una vez que ello era así no tenía sentido entrar a discutir si procedería o no el reenvío a la ley española, pues sabido es que el artículo 12.2 del Código civil ha sido sustituido en este particular por el artículo 34.1 del Reglamento, y éste exige para que opere el reenvío que el mismo se produzca hacia la ley de un tercer Estado y no a la de otro Estado miembro³³.

24. Por ello nos parece que está fuera de lugar el análisis acometido sobre la evolución del reenvío en la ya clásica doctrina del Tribunal Supremo³⁴, pues ello a ninguna consecuencia práctica conduce

³¹ B.O.E. núm. 194, de 12 de agosto de 2016.

³² Y a mayor abundamiento se indica que la misma solución sería en el caso de ser aplicable el artículo 9.8 del Código Civil si el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad a la referida fecha, pues al estar integrada la herencia únicamente por bienes en España y ser aquí residente el causante se produciría el reenvío a la ley española conforme al artículo 12.2 del Código civil y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta (*vid. nota 34*), al no producirse un fraccionamiento en la sucesión.

³³ Sobre la regulación del reenvío en el marco del artículo 34 del Reglamento 650/2012 *vid.*, entre otros, A. BONOMI, “Art. 34. Revoi”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, p. 509-523; I.A. CALVO VIDAL, “El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, pp. 17-25 y “Estado de aplicación de las disposiciones del Reglamento UE sobre sucesiones en materia de orden público, aplicación universal y reenvío, y sobre el acceso a los registros del CSE”, *Parlamento Europeo*, PE 596.821 Bruselas, 2017, pp. 5-8; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, *cit.*, pp. 275-290; A. DAVÍ y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 82-106; A. LARA AGUADO, “Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, *cit.*, pp. 31-35 y P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho sucesorio europeo”, *cit.*, pp. 36-39.

³⁴ Doctrina recogida en las sentencias de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999, 23 de septiembre de 2002 y 12 de enero de 2015, tratándose de casos de sucesión *mortis causa* de residentes en España, nacionales de Estados con sistemas

dada la no aplicación al caso del artículo 12.2 del Código Civil. Sin embargo, en la Resolución se indica que el reenvío no puede operar en el supuesto abordado en atención a que el artículo 34.2 del Reglamento establece que aquél no se aplicará en ningún caso, entre otros supuestos, cuando la ley designada como aplicable derive del ejercicio de la *professio iuris* por parte del causante, lo cual acontece en el presente supuesto como veremos a continuación³⁵.

25. Pues bien, en relación a la posible existencia de elección anticipada de ley aplicable en el supuesto ahora abordado, se declara en la Resolución con cierta automaticidad y simpleza que efectivamente nos encontramos ante una elección anticipada en el testamento de la ley aplicable conforme al artículo 83 del Reglamento, por lo que, al igual que en la Resolución de 15 de junio de 2016, se concluye que la sucesión se ha de regir por la legislación británica en lugar de la española. Es decir, sin realizar ningún tipo de valoración en relación al contenido de la disposición testamentaria, donde únicamente sabemos que se designaba heredera a su esposa (con sustitución a favor de los hijos y nietos en su caso), la Dirección General limita a declarar la existencia de *professio iuris* a favor de la ley inglesa siguiendo el criterio indicado en la Resolución de 15 de junio de 2016³⁶, y ello, reiteramos, sin realizar comentario alguno sobre la razón por la cuál –y en qué términos– se entiende ha tenido lugar la existencia de elección.

26. En este sentido, con la Resolución ahora comentada viene a consolidarse la interpretación flexible que ya realizada en la Resolución de 15 de junio de 2016 en relación a dos relevantes cuestiones: a) por un lado, a la atinente al significado de la disposición transitoria del artículo 83, validando su aplicación a cualquier elección tenida lugar en cualquier momento anterior al 17 de agosto de 2017, no teniéndose que haber producido necesariamente en el periodo de *vacatio legis* del Reglamento; b) Por otro, a sobre cómo ha de entenderse *ex* artículo 22.2 que existe elección (no calificada como de tácita o expresa) por parte del causante: en el caso tratado en el expediente por el simple hecho de que el disponente organizó su sucesión sin tener en cuenta el sistema de legítimas del Derecho español, es decir, ateniéndose a lo que le permitía la ley de su nacionalidad, la ley inglesa.

4. La sorprendente Resolución de 10 de abril de 2017: ¿una vuelta atrás?

27. En este aparente clima pacífico en cuanto a la determinación de la posible existencia de elección anticipada de ley aplicable a la sucesión en relación a la disposición transitoria contenida en el artículo 83 del Reglamento 650/2012, nos encontramos sin embargo con la sorprendente resolución de la Dirección General de 10 de abril de 2017³⁷.

28. En este caso se trataba de un causante de nacionalidad alemana que otorgó testamento ante notario en España el 22 de septiembre de 2014, esto es, durante el periodo de *vacatio legis* del Reglamento. En el testamento el causante reconoce la existencia de una hija, a la que considera satisfecha en

de *common law* (en la primera el causante era estadounidense, en las tres últimas británico) en los que la aplicación de sus leyes personales llevaba a la aplicación, en principio, de la ley inglesa en tres ocasiones y, de la ley norteamericana del Estado de Maryland, en otra. En todos los casos, y en cada uno con sus propios matices, el Tribunal Supremo destacó el carácter no automático del reenvío, teniéndose en cuenta para admitirlo el hecho de producirse o no el fraccionamiento en la regulación de la sucesión, lo cual acontece dependiendo principalmente del hecho de tener o no el causante focalizado su patrimonio en un único país. Ello es así en atención a la vigencia de los principios de unidad y universalidad en nuestro sistema, así como la importancia en Derecho internacional privado de la armonía internacional de soluciones, que resultaría quebrantada si se admitiese un reenvío que diese lugar al citado fraccionamiento en la regulación de la sucesión.

³⁵ El artículo 34.2 del Reglamento contempla una serie de supuestos particulares en los que, por distintas razones, tampoco se admite el reenvío. Sobre el artículo 34 del Reglamento ha mostrado A. RODRÍGUEZ BENOT su sorpresa en cuanto, por un lado, su aparición en el texto final publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* fue inesperada dado que no había sido aprobada en el seno del Comité de Derecho Civil del Consejo y, por otro, su redacción –alejándose de la tradicional sobre reenvío contenida en los instrumentos comunitarios análogos– ha seguido el modelo del artículo 13 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (en recensión a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo*, Comares, *cit.*).

³⁶ Donde, como hemos visto, se trató de una manera muy flexible la cuestión en aras a interpretar generosamente y de una manera positiva la existencia de elección anticipada de ley aplicable a la sucesión.

³⁷ B.O.E. 99, de 26 de abril de 2017.

sus derechos, e instituye heredera a un tercero. En principio, al igual que acontece en la dos resoluciones previamente comentadas, pudiera aplicarse el criterio de interpretación flexible señalado y entender que el causante optaba mediante su testamento por la elección anticipada del Derecho alemán para regir su sucesión, y ello por poder resultar tal deducción de los términos de una disposición *mortis causa* cuando ésta se realiza con arreglo a la ley que el causante podía haber elegido de conformidad con el Reglamento. Y en tal sentido es de destacar que la registradora (como en las dos resoluciones anteriormente tratadas) estimó que el testamento fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y, por lo tanto, que el testador eligió su ley nacional como ley rectora de la sucesión, por lo que la sucesión en principio debería regirse por la ley alemana³⁸.

29. Sin embargo, la Dirección General señala en primer término que para determinar la existencia o no de *professio iuris*, el notario actuante, “cuando entienda de una sucesión no contenciosa, deberá inexcusablemente establecer, en abstracto, la ley aplicable a una sucesión y, en concreto, lo elementos relevantes del caso”, nada de lo cual parece que se hizo en el caso comentado. Además, y esto es lo más significativo, no comparte la afirmación de la registradora en el sentido de que debía entenderse que el título testamentario fue vehículo suficiente para el establecimiento de la *professio iuris* y la consecuente elección del Derecho alemán. Es decir, parece que deja de ser válido todo lo indicado con anterioridad en las resoluciones de 15 de junio y 4 de julio de 2016 en relación a la adopción de un criterio flexible para la determinación de la admisión de elección anticipada de ley aplicable.

30. La clave ahora se encuentra en que la Dirección General introduce un nuevo elemento a la hora de valorar la cuestión que tratamos. En concreto mantiene que, a tenor del artículo 26.1 d) en relación con el artículo 83.3, ambos del Reglamento 650/2012, la interpretación del testamento se ha de realizar conforme a la *lex putativa* o presuntiva, la cual conduce a la ley de la residencia habitual del causante el día del otorgamiento del testamento que, en nuestro caso, sería la ley española. De ahí deduce la aplicación de la ley española, pues el testamento debe interpretarse a la luz de dicha ley, y de su literalidad y contexto resulta aplicable aquélla al ser la de la residencia habitual del causante³⁹.

31. A nuestro juicio la argumentación que se sigue para llegar a la conclusión de la no existencia en el caso de una elección anticipada de ley aplicable, tal como contrariamente había sido entendido en las dos resoluciones antes referidas, no es del todo correcta. La norma que sirve de fundamento a la nueva doctrina de la Dirección General es el artículo 26.1 d) del Reglamento, pero entendemos que dicho precepto tiene un ámbito específico de actuación que no impide poder deducir la existencia de elección de ley en un supuesto como el tratado en la Resolución de 10 de abril de 2017.

32. En la resolución se indica que a tenor del artículo 26.1 d): “se regirán, por lo que respecta a su admisibilidad y validez material por la ley, que según el presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si éste hubiera fallecido en la fecha de su disposición”. Pues bien, el ámbito del artículo 26 del Reglamento contempla, y únicamente a los efectos de los artículos 24 y 25, que la interpretación de las disposiciones *mortis causa* (letra d) se encuentra entre las cuestiones de validez material reguladas por los mismos. Pero el hecho de que se realice una elección de ley aplicable a la sucesión, posiblemente de manera tácita, al amparo de una disposición testamentaria válida realizada ante notario español (tal como aconteció en las resoluciones estudiadas de 15 de junio y 4 de julio de 2016, donde por cierto ya se había hecho referencia, con efectos complementarios, al art. 26 del Reglamento)

³⁸ Sin embargo la registradora señaló un doble defecto relacionado con la aplicación de la ley alemana al caso: por una parte, al tratarse de un Derecho extranjero debería haberse probado su contenido y vigencia conforme a lo dispuesto en el artículo 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil y, en particular, a lo recogido en el art. 36 del Reglamento hipotecario; por otro, era necesario haber aportado un certificado del Registro de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o al menos acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro (*vid. infra* apartado IV), y ello de acuerdo con la Resolución de la Dirección General de 18 de enero de 2005.

³⁹ Y ello es así salvo que resulte una *professio iuris* expresa o indubitada en sus términos conforme al artículo 22 del Reglamento, lo cual validaría la regulación material por la ley alemana, pero ello es algo que para la Dirección General no acontece (erróneamente, tal como expondremos a continuación) en el caso.

no significa que la misma no tenga eficacia y el contenido del testamento haya de ser interpretado a la luz de la ley española debiéndose aplicar por ello a la sucesión la ley española (y, en consecuencia, resulte legitimaria la hija del testador con derecho derivados del Código civil). Reiteramos, a nuestro entender lo que establece el artículo 26 es simplemente que la interpretación de las disposiciones *mortis causa* se incluye entre las cuestiones de validez material a los efectos de los artículos 24 y 25⁴⁰.

33. En definitiva, entendemos que el artículo 26 del Reglamento no puede conducir en cualquier caso a la obligatoriedad de una interpretación conforme a la ley española del contenido material de los testamentos en los que se incluyan elementos extranjeros y que ello conduzca a la aplicación de la ley española, a pesar de que en los mismos se haga –directa o indirectamente– referencia a instituciones sucesorias previstas en la ley nacional del causante, como ocurre en los supuestos que estamos tratando. Si ello fuera así se imposibilitaría en gran medida el propio ejercicio de la *professio iuris*, que está vinculado a la propia disposición testamentaria *ex* artículo 22.2 del Reglamento⁴¹.

34. En cualquier caso, y dado el contenido y solución adoptada por esta peculiar y compleja Resolución de 10 de abril de 2017, habrá que estar atentos a futuras resoluciones para apreciar realmente el criterio que se va a seguir en esta trascendente cuestión.

III. La pretendida erradicación de los testamentos *simpliciter* como medio de ordenación de la sucesión de bienes situados en España

35. Nos vamos a referir ahora a la situación consistente en el otorgamiento en nuestro país de testamentos parciales o *simpliciter* por parte de extranjeros, residentes o no en España, testamentos que han sido el instrumento habitualmente utilizado para disponer sobre la sucesión exclusivamente de sus bienes aquí situados, y en los que asimismo –expresa o tácitamente– se materializa la posible elección de la ley aplicable a la sucesión.

36. En concreto queremos tratar la reciente postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a la práctica que desde hace años se viene produciendo en las notarías españolas consistente en que los extranjeros, y en particular los británicos, otorguen un testamento en España para disponer a través de los mismos exclusivamente de los bienes que poseen en España, y ello al margen del que puedan otorgar en el extranjero para ordenar la sucesión del resto de su patrimonio⁴². Con ello se ha pretendido facilitar la transmisión hereditaria de los referidos bienes evitándose todos los inconvenientes que pueden surgir de la eventual ejecución en España de una disposición testamentaria otorgada en el Reino Unido conforme al Derecho inglés, ciertamente compleja⁴³.

⁴⁰ E incluso el artículo 24.2 del Reglamento (hay que tener en cuenta que el otro artículo afectado por el art. 26, el art. 25, se refiere a los pactos sucesorios, algo ajeno a lo que ahora tratamos) permite que el disponente pueda escoger como ley que rija la admisibilidad y validez de su disposición *mortis causa* aquella que el artículo 22 le permite elegir, y en las condiciones que dicho artículo establece, esto es, de manera expresa o incluso tácita.

⁴¹ Como mantiene S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la *professio iuris*, bien opere expresa o tácitamente, permitirá disponer en el testamento según lo admitido por la ley nacional del causante; en la práctica el testador no se dirige al notario para preguntarle cuál es la ley aplicable a su sucesión, sino para legar el piso de París a su hijo o el de Londres a su hija. Y eso se lo permitirá la ley nacional elegida, pues en otro caso habrá de adaptarse a lo que disponga la ley de su última residencia habitual (“La ley aplicable a la sucesión por causa de la muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados”, en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, cit., pp. 62-63).

⁴² Como indica F.B. IRIARTE ÁNGEL en relación a los británicos que poseen bienes inmuebles en España, es uso habitual de los despachos de abogados recomendar a los clientes que redacten un documento de últimas voluntades ante notario español donde leguen los bienes situados en España a quien estimen oportuno, con mención expresa a que los eventuales “derechos legitimarios” se satisfarán mediante un testamento genérico otorgado en su país de residencia (“El tratamiento de las sucesiones de los extranjeros con intereses inmobiliarios en España: una aproximación a las últimas resoluciones de la DGRN”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 754, 2016, pp. 987-988).

⁴³ Efectivamente, esta práctica ha resultado efectiva para evitar los muy complejos inconvenientes que resultarían de tener que inscribir en nuestros registros públicos documentos judiciales derivados de un procedimiento de *Probate* del Derecho

37. Pues bien, en la ya comentada Resolución de 15 de junio de 2016 se aborda también, entre otras, la cuestión de si es posible la división de títulos testamentarios cuando el causante es titular de bienes situado en dos países, esto es, otorgar dos testamentos para regular en cada uno de ellos la sucesión de los bienes situados en uno y otro país⁴⁴. Para la Dirección General, al ser la sucesión única y comprender la totalidad de los bienes del causante a tenor del artículo 23.1 del Reglamento 650/2012, estas disposiciones testamentarias *simpliciter*, que tanto han facilitado las sucesiones de los causantes británicos en España, deben ser “erradicadas” de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015. Y en idéntico sentido se pronuncia también la Dirección General en sendas resoluciones muy parecidas de 28 de julio de 2016⁴⁵.

38. Sin embargo, la realidad es que la práctica que ahora se critica es la habitual en las notarías españolas, sobre todo en las situadas en la costa, donde suelen poseer inmuebles los británicos, y donde suelen acudir a ordenar su sucesión relativa a estos bienes. Y es indiscutible que tal forma de proceder ha venido constituyendo una solución eficaz para solventar los complejos problemas que se plantean en estas sucesiones, agilizándose de una manera muy significativa el proceso sucesorio⁴⁶.

39. A nuestro parecer la Dirección General no acierta en este punto, pues no diferencia dos cuestiones que entendemos no han de ser confundidas: por un lado, la relativa al ámbito de la ley sucesoria, que ciertamente es universal y único (y que se extiende a la regulación de toda la sucesión) y, por otro, la que se refiere al ámbito material de una determinada disposición testamentaria o testamento. Es decir, unidad sucesoria no equivale a unidad de título: es indudable que, respetando el principio de unidad de la sucesión, pueden existir tantos testamentos complementarios como el causante decida otorgar siempre que no exista contradicción entre los mismos y actúen de manera complementaria. Para R. Cabanas Trejo y L. Ballester Azpitarte esta práctica no es contraria a la unidad de la ley aplicable a la sucesión, pues disponer mediante testamento en España de los bienes situados en nuestro país por sí solo no implica que el testador quiera aplicar a esa fracción de su patrimonio la ley española, separándola así de la ley que fuese aplicable al resto de la sucesión, en el caso, la inglesa⁴⁷.

inglés, y más aún de las sucesiones que han sido articuladas mediante un *trust*, lo cual ya constituiría todo una utopía (F.B. IRIARTE ANGEL, “El tratamiento de las sucesiones de los extranjeros con intereses inmobiliarios en España: una aproximación a las últimas resoluciones de la DGRN”, *cit.*, p. 987). Sobre las dificultades para que una disposición testamentaria otorgada en el Reino Unido cause efecto en España, véase R. RIVAS ANDRÉS, “El testamento notarial inglés no se puede utilizar en España sin adveración judicial”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 99, 2016, pp. 333-366 y F.J. GARDEAZÁBAL DEL RIO, “Ejecución de testamentos de extranjeros en España”, *SEPIN*, mayo 2015, pp. 1-13.

⁴⁴ Si bien el tema de la posible división de títulos testamentarios mediante testamentos parciales en relación al patrimonio del causante existente en España y en el extranjero no había sido planteado, al no constar en la nota de calificación del registrador, la Dirección General lo aborda dado que, a su entender, “contextualiza la presente Resolución” (Fundamento de derecho 9, párrafo segundo, *in fine*).

⁴⁵ *B.O.E.* 228, de 21 de septiembre de 2016. En ambas se indica que: “Conforme al Reglamento 650/2012, la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del artículo 23) por lo que estas disposiciones testamentarias *simpliciter*, que tanto han facilitado las sucesiones de los causantes británicos en España deberán ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2017” (Fundamento de derecho 6, párrafo primero, de ambas resoluciones). Hay que señalar que ya en una anterior resolución de la Dirección General, en la de 11 de mayo de 2016 (*B.O.E.* 135, de 6 de junio de 2016), ya dejó caer que dicha práctica “será en la actualidad generalmente incompatible con el Reglamento” (Fundamento de derecho 4, párrafo segundo), pero entonces no llegó todavía a plantear la erradicación que ahora sí propugna de manera indubitada en las tres citadas resoluciones.

⁴⁶ Para un estudio profundo sobre los testamentos parciales y la *professio iuris* véase A. RIPOLL SOLER, “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho Civil*, V. III, núm. 2, abril-junio 2016, pp. 44-47 e I. ESPÍNEIRA SOTO, “El testamento *simpliciter*”, *RDC*, vol. IV, núm. 4, octubre-diciembre 2017, pp. 283-289. Por su parte, y con una visión algo crítica sobre la efectividad de estos instrumentos a la vista de la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, “¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, nº 9061, 16 de octubre de 2017.

⁴⁷ De igual modo, tampoco entienden los referidos autores que sea un obstáculo una pretendida ruptura de la necesidad de respetar la unidad del título sucesorio pues, aunque el escenario ideal sería la unificación de todas las atribuciones *mortis causa* en un mismo acto de disposición (para evitar problemas de interpretación, vigencia y posibles revocaciones), ello no significa que el interesado no pueda fragmentar esas disposiciones por la vía de separar atribuciones universales y particulares (“¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *cit.*, pp. 5 a 7).

40. Es más, el ahora invocado por la Dirección General principio de unidad en la sucesión al amparo del artículo 23 del Reglamento 650/2012 para fundamentar con ello su posición en contra de los testamentos parciales, es un principio que ya regía en nuestro sistema tradicional de Derecho internacional privado en materia sucesoria. Efectivamente, ello ya acontecía cuando se aplicaba con carácter general el artículo 9.8 del Código civil (sustituido ahora, salvo para casos de derecho interregional, por las reglas del capítulo III del Reglamento 650/2012), donde sabido es que a su tenor la sucesión se regula por una sola ley, esto es, por la de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento⁴⁸.

41. En principio la nueva posición de la Dirección General puede resultar entendible en los supuestos en los que un ciudadano es nacional de un Estado miembro participante en el Reglamento, reside en otro Estado miembro y, además, tiene patrimonio en uno o varios Estados miembros. En estos casos que pudiéramos considerar “idílicos” desde el punto de vista de su encaje en el Reglamento, se antoja que otorgar tantas disposiciones testamentarias *mortis causa* atendiendo al número de Estados miembros donde exista patrimonio del causante pudiera parecer innecesario. Y ello en cuanto precisamente el Reglamento 650/2012 ha venido a facilitar estas sucesiones transnacionales, debiendo ser contemplada la sucesión en estos casos por los diversos operadores jurídicos como si tuviese lugar en un único Estado.

Para I. Espiñeira Soto, esta consideración es avalada por argumentos como que una visión global facilita la función de las autoridades que sustancian la sucesión –y/o expiden el certificado sucesorio europeo– y ahorra costes para los particulares al mostrarse de forma unitaria en un título sucesorio el destino del patrimonio del causante. Además añade la citada autora que ello simplifica la averiguación de la última voluntad del disponente y favorece su interpretación, pues en ocasiones no es fácil establecer la compatibilidad entre varios testamentos sucesivos o determinar si se mantiene la *professio iuris* realizada en una disposición *mortis causa* inicial, cuando existan disposiciones posteriores en las que el testador se limite a ordenar el destino de su patrimonio en determinados Estados⁴⁹.

42. Por lo tanto, podría decirse que los testamentos *simpliciter* pierden su utilidad dentro de las fronteras de los Estados miembros que han participado en el Reglamento 650/2015, y es en este marco concreto donde sí puede entenderse la indicación de la Dirección General en cuanto a la necesidad de erradicar dichos testamentos parciales. Pero resulta curioso que desde la Dirección General se haya llamado la atención sobre la necesidad de erradicar esta consolidada práctica precisamente en tres resoluciones (las analizadas de 15 de junio de 2016 y las dos de 4 de julio de 2016) donde casualmente se abordan problemas relacionados con la sucesión de nacionales británicos residentes en España, que otorgaron aquí testamento parcial, y con bienes en España.

Y en estos casos donde hemos visto que no tiene sentido la exigencia de erradicación, además de instar la eliminación, no se apunta por la Dirección General siquiera algún principio de solución para salir del problema que dicha práctica viene a resolver para estas sucesiones internacionales descontextualizadas del Reglamento 650/2015. Y ello máxime teniendo en cuenta que las soluciones para estos casos no se vislumbran, no presentándose el panorama muy esperanzador: así, a día de hoy, dada la no participación del Reino Unido en el Reglamento 650/2012⁵⁰ y, a medio plazo, dada la salida de dicho

⁴⁸ Como acertadamente indica el notario V. MARTORELL GARCÍA, “me temo que a alguien adscrito al Ministerio de Justicia los árboles no le dejan ver el bosque. El artículo 23 del Reglamento europeo de sucesiones (...) lo único que dice es que la ley sucesoria aplicable regirá la totalidad de la sucesión, pero eso es algo que nuestro Tribunal Supremo ya nos había dejado claro mucho antes de que existiera el Reglamento” (“La indiscriminada exigencia del certificado de últimas voluntades extranjero”, *Notarios y Registradores*, 5 de octubre de 2015, p.5).

⁴⁹ A tal efecto advierte que la *professio iuris* conservaría autonomía dentro de la disposición *mortis causa* en la que fue establecida (esto es, en la que se eligió la ley aplicable a la sucesión), y ello con independencia de que la disposición testamentaria en cuestión se circunscriba objetivamente a los bienes que radiquen en dicho Estado (“El testamento *simpliciter*”, *cit.*, pp. 284-285). Un detallado estudio sobre las ventajas y desventajas que presenta el testamento *simpliciter* puede verse en R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE (“¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *cit.*, pp. 10-12)

⁵⁰ Y nos referimos ahora a otro aspecto diferente al de la ley aplicable a la sucesión, pues, si bien es cierto que en este ámbito es indistinto el hecho de que el Reino Unido no participe en el Reglamento para que las autoridades de los Estados participantes apliquen la ley que proceda (art. 20), no ocurre lo mismo en relación al ámbito del reconocimiento y ejecución

Estado de la Unión Europea como consecuencia del *Brexit*, que sin duda dejará la situación más incierta y compleja si cabe⁵¹.

IV. La aportación de certificados de registros de actos de última voluntad extranjeros

43. Un asunto relativamente relacionado con el que acabamos de tratar se refiere a si en los casos de sucesiones abiertas en España, y con causantes extranjeros y que han otorgado un testamento parcial para regular la sucesión de sus bienes en España, hay que aportar al notario español que autoriza el instrumento sucesorio, además del certificado de actos de última voluntad español, el certificado equivalente emitido en el extranjero (en el país de la nacionalidad del causante), o acreditarse que en dicho país no existe tal registro o que, por circunstancias concurrentes en el caso concreto, no es posible aportar dicho certificado.

44. Respecto a las normas que sobre este particular han de ser tenidas en consideración debemos resaltar como básicas el artículo 15 del Anexo II del Reglamento Notarial y el artículo 76 del Reglamento hipotecario, que exigen aportar al juez, notario o registrador el certificado español, no extendiéndose dicha exigencia en principio al certificado extranjero⁵².

1. El inicio de la controversia: la Resolución de 1 de julio de 2015

45. Así las cosas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2015⁵³, pionera en este asunto, encontrándonos ante un testamento alemán y otorgándose ante notario español operaciones de aceptación y manifestación de la herencia de un nacional alemán que falleció en Ripollet el día 30 de enero de 2014, establece que deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante (Alemania) o acreditarse bien que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o bien que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.

46. Es cierto que la resolución de la Dirección General de 1 de julio de 2015 hace referencia y halla gran parte de su fundamento en una anterior de 18 de enero de 2005 que ya había declarado, máxime teniendo en cuenta que no todos los países tiene un Registro de últimas voluntades⁵⁴ y partiendo de

de resoluciones, la aceptación y ejecución documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y al del certificado sucesorio europeo. En efecto, en este ámbito el hecho de la no participación del Reino Unido en el Reglamento sí va a traer unos complejos problemas, cuya solución a día de hoy todavía en gran parte se sortea mediante la práctica notarial de los testamentos *simpliciter*, práctica que ahora se pretende erradicar.

⁵¹ De hecho en las notarías nos consta que para estos casos se siguen otorgando en la práctica estos testamentos, pues de hecho continúan recibiendo peticiones de extranjeros requiriendo dichos servicios. Como indican los notarios R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, “cargadas de cautelas y de advertencias, con cierto temor después de la andanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero los hacemos simplemente porque alguien las quiere hacer y no vemos razones para decirle que no puede. Que sirvan para mucho o para muy poco, probablemente dependa de futuros pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero de *algo* siempre servirán” (“¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *cit.*, p 2).

⁵² Tampoco el Convenio de Basilea de 1972, sobre establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, establece nada sobre la obligatoriedad de consulta, por lo que tal cuestión dependerá del Derecho interno de cada uno de los Estados que a día de hoy lo han ratificado (apenas doce), entre ellos España. Por su parte, el artículo 66 del Reglamento 650/2012, y de una manera indirecta al regular el certificado sucesorio europeo, prevé únicamente que la autoridad emisora realizará de oficio las averiguaciones necesarias cuando así lo disponga o autorice su propia legislación; y que a tal fin las autoridades competentes de los Estados miembros le facilitarán la información contenida en los Registros de últimas voluntades. Por otra parte, en el formulario para la solicitud del certificado, sólo se hace referencia a que se adjunte, en la medida de lo posible y si la autoridad aún no lo tiene, el certificado de últimas voluntades.

⁵³ B.O.E. 192, de 12 de agosto de 2015.

⁵⁴ Sobre un análisis del estado en que se encuentra la situación en los diversos países europeos en relación a los registros de actos de últimas voluntades o equivalentes al español véase L. BALLESTER AZPITARTE y R. CABANAS TREJO, “Comparación esquemática entre los sistemas sucesorios de distintos estados europeos para el otorgamiento en España de testamento de no residentes”, *Diario La Ley*, núm. 9089, de 27 de noviembre de 2017, pp. 1-12.

que la sucesión se regía entonces por la ley nacional del causante (*ex art. 9.8 del Código civil*), que la aportación del certificado extranjero era una medida “oportuna y prudente, y casi obligada”. Pero debe tenerse en cuenta que en tal caso se trataba de la tramitación en España de un acta notarial de declaración de herederos *ab intestato*, por lo que parece lógico que antes de declarar quiénes eran los herederos legales se acometiese por parte del notario una pesquisa para averiguar si los hubiera testamentarios⁵⁵.

47. La resolución de 1 de julio de 2015 ha sido muy criticada por la doctrina española. Uno de los más notables sin duda ha sido F. B. Iriarte Ángel, quien fundamenta su crítica en las siguientes razones⁵⁶:

- a) En primer término, por la literalidad de la misma, pues el artículo 76 del Reglamento hipotecario establece los documentos que deben aportarse para inscribir bienes adquiridos mediante sucesión testada, debiéndose hacer constar “el contenido del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad”, entendiéndose que éste se refiere sólo al certificado español al no hacerse referencia alguna a certificados extranjeros. Esto es, el Reglamento hipotecario habla del Registro General de Actos de Última Voluntad, y este es el nombre del registro español y de ningún otro.
- b) Siendo tanto Alemania como España Estados parte del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias⁵⁷, los nacionales alemanes no sólo pueden testar en Alemania y en España, sino que para ellos son válidas, en cuanto a la forma, las disposiciones testamentarias que respondan a la ley correspondiente a cualquiera de los estados a los que pueden conducir las conexiones derivadas del artículo 1 del Convenio⁵⁸. Entonces podemos preguntarnos sobre las razones por las que no se deberían pedir certificados de todos esos posibles países siguiendo esos criterios de prudencia y seguridad que se invocan por la Dirección General, y no sólo el del Estado de la nacionalidad del causante⁵⁹.
- c) La propia Resolución parece encontrarse bastante “intranquila” con sus conclusiones en tanto indica que hay que aportar el certificado extranjero si el registro correspondiente existe, ya que si no existiese difícilmente podrá exigirse la aportación del documento⁶⁰. Pero además permite que no se aporte el certificado del registro extranjero si, existiendo este, por las circunstancias concurrentes al caso concreto no es posible aportarlo. Y en relación a esto último se pregunta el autor qué circunstancias concretas son esas y porqué no son definidas. Ello da lugar a inseguridad jurídica en el mejor de los casos, y a una posible discrecionalidad de la autoridad en el peor.

⁵⁵ En un caso muy parecido de sucesión intestada, la A.P. de Las Palmas, en sentencia de 30 de junio de 2015 (Rec. 238/14) llegó a declarar que si al notario le constaba que el fallecido había residido gran parte de su vida en otro país distinto a España y al de su nacionalidad, lo razonable antes de emitir el acta de declaración de herederos *ab intestato*, era que pidiese justificación documental incluso de que no otorgó testamento en ese otro país.

⁵⁶ F.B. IRIARTE ÁNGEL, “Las sucesiones de los extranjeros con intereses en España: resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2015”, *Bitácora Millennium DiPr.*, septiembre 2015, <http://www.millenniumdipr.com/n-151-las-sucesiones-de-los-extranjeros-con-intereses-en-espana-resolucion-de-la-dgrn-1-de-julio-de-2015>

⁵⁷ *B.O.E.* 197, de 17 de agosto de 1988.

⁵⁸ Por ello, desde un punto de vista de la forma, podrían haber otorgado testamento en el Estado: a) del lugar en que se realizó la disposición; b) del lugar cuya nacionalidad poseyera el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento; c) del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento; d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento, o e) respecto de los bienes inmuebles, del lugar en el que estén situados.

⁵⁹ Es decir, al tratarse en este caso de un testamento extranjero, la prudencia invocada por la Dirección General debería a llevar a exigir el certificado correspondiente al “país de otorgamiento” no al de la ley sucesoria (entonces, *ex art. 9.8 del Código civil*, la ley nacional del causante); en su resultado, si lo que queremos es cubrir todas las posibilidades, deberían aportarse al menos certificados de cada uno de los países a que se refiere el artículo 1 del Convenio de La Haya de 1961.

⁶⁰ Si llevamos a sus últimas consecuencias la doctrina de la Dirección General resulta que no podrán inscribirse en España las sucesiones de nacionales de países que carezcan de dicho registro, y ello teniendo en cuenta la redacción del artículo 78 del Reglamento hipotecario, que impide la inscripción si no se aporta el referido certificado, sin hacer ninguna salvedad respecto a los nacionales de países que carezcan del mencionado registro.

48. En definitiva, concluye F. B. Iriarte Ángel que la Resolución comentada es errónea, no cabiendo pedir más que el certificado español, que es el que expresamente cita el artículo 76 del Reglamento hipotecario, obteniendo así una *seguridad jurídica razonable*. En el supuesto de que en algún caso marginal nos encontrásemos ante un fraude, la adjudicación de bienes podrá ser impugnada ante los tribunales, e incluso pedir eventualmente responsabilidad al notario que no actuó con la diligencia debida. Porque no ha de olvidarse que nos encontramos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria –una adjudicación notarial de herencia– y se busca una seguridad jurídica razonable y ágil para el común de los casos, de forma que se asume que los pocos casos especiales que pudieran plantearse acabarán en un procedimiento judicial. En todo caso, intentar la seguridad total no conduce más que a la parálisis jurídica y económica.

2. La incierta doctrina tras la tormenta inicial

49. Expuesta así la situación, quizás la circunstancia que deba ser determinante en cuanto a la exigencia o no de certificados extranjeros debería ser la existencia o no de un título sucesorio otorgado ante notario español. En tal caso, mientras el mismo no fuese desvirtuado gozaría de la legitimación que resulta del Registro español, sea directa por su constancia en el mismo o indirecta a tenor del artículo 78 del Reglamento hipotecario por ser posterior a tal publicidad registral. Además, no existe norma alguna que imponga al notario español la acreditación de la inexistencia de testamento o pacto sucesorio otorgado en el extranjero que revoque o modifique el otorgado en España. Como hemos adelantado, la falta de constancia de los mismos es algo imputable al causante que, si creó una determinada apariencia sucesoria, la buena fe exige que la carga de desvirtuarla recaiga sobre los eventuales sucesores.

50. Con esta teoría, la exigencia de aportación de certificaciones extranjeras se mantendría únicamente para las declaraciones de herederos abintestato, ahora de exclusiva competencia notarial tras la reforma de la jurisdicción voluntaria por la Ley 15/2015. Y ello atendiendo a la peculiaridad de cada caso, esto es, considerando la nacionalidad o a la residencia habitual del causante, o la propia aseveración notarial de la inexistencia de un registro equivalente al español o la imposibilidad de acceso al mismo⁶¹.

51. Con posterioridad a la resolución de 1 de julio de 2015 se han dictado nuevas resoluciones por parte de la Dirección General, donde, atendiendo a diversas circunstancias –siendo quizás la más relevante el hecho de haberse otorgado el testamento en España–, se ha “dulcificado” el requisito de la necesaria aportación del certificado del registro extranjero, siendo suficiente con la declaración de un notario extranjero de haber realizado la consulta en el correspondiente registro extranjero, con indicación de su resultado, pero sin necesidad de tener que adjuntar la certificación o informe⁶².

52. Sin embargo, nos encontramos también en medio del revuelo con las dos resoluciones ya citadas de 28 de julio de 2016, estudiadas al hilo del análisis de la cuestión de los testamentos *simplificiter*. Tratándose de testamentos otorgados por británicos en España para ordenar la sucesión de sus bienes aquí, la Dirección General vuelve a reincidir en la necesidad de aportar el certificado extranjero (el de la nacionalidad del causante, la británica) para confrontarlo con el testamento español. En efecto, la cuestión más interesante de estas dos resoluciones, donde todavía no era de aplicación el Reglamento 650/2012, versó sobre la exigencia de tener que aportar ante las autoridades registrales españolas, *ex* artículo 76 del Reglamento hipotecario, un certificado del Registro General de Actos de Última voluntad

⁶¹ Es la opinión que mantiene el notario V. MARTORELL GARCÍA (“La indiscriminada exigencia del certificado de últimas voluntades extranjero”, *cit.*, p. 6).

⁶² Así lo mantienen R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE (“¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *cit.*, p. 3), quienes a tal efecto se refieren a supuestos donde se ha admitido la acreditación mediante un certificado de herencia expedido por un notario holandés (Resolución de 21 de marzo de 2016) o a través de un acta de declaración de herederos belga (Resolución de 2 de febrero de 2017). Por el contrario, en otros casos no se consideró válido con una declaración genérica del notario extranjero, a pesar de que aluda a la información obtenida o a la documentación disponible (resoluciones de 29 de julio de 2015 y 11 de enero de 2017).

del Estado de la nacionalidad de los causantes o, en su lugar, la acreditación de la inexistencia del mismo o su equivalente en dicho Estado conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento hipotecario⁶³.

53. Estas dos resoluciones siguen la doctrina impuesta por la primera de las resoluciones aquí referidas, la de 18 de enero de 2005, y recogida también en resoluciones como la de 1 de julio y 13 de octubre de 2015⁶⁴. La exigencia de aportación de certificaciones extranjeras también en casos de testamentos limitados a bienes en España es evidente que va en contra de la práctica de los testamentos *simpliciter* que se quiere erradicar (*supra*), suponiendo un torpedo contra los mismos, si no en la línea de flotación, muy cerca de ella⁶⁵.

54. Es cierto que en el caso de las dos resoluciones que ahora comentamos la *lex causae* (ley inglesa) no exige certificado de últimas voluntades o similar, pues en el Derecho inglés la necesidad de probar los testamentos implica la intervención de la autoridad pública (la *Family Division* de la *High Court of Justice*) en el proceso de administración de la herencia, designando *executor* o *administrator*, tratándose de un auténtico proceso sucesorio (que conlleva la expedición del *grant of probate*) que en la práctica hace innecesaria la existencia en dicho país de un registro de testamentos⁶⁶. El problema concreto en el caso abordado es que la acreditación de la inexistencia de registro de actos de última voluntad debió constar en la escritura de partición, cosa que no sucedió, si bien la Dirección General señala en las resoluciones que tal defecto es fácilmente subsanable, bien mediante manifestación realizada por el notario en la escritura o bien por el conocimiento que pueda tener el registrador, lo cual en este caso no resulta complejo (Fundamento de derecho 5, *in fine*)⁶⁷.

55. Ante esta situación de incertidumbre e inseguridad A. Martorell García ha propuesto que no estaría de más establecer en el mismo testamento *simpliciter* otorgado en España algún tipo de cláusula testamentaria que evitase tener que realizar la aportación del certificado extranjero, si bien ello con las debidas cautelas sobre la eficacia que ello pudiera tener en sede administrativo-registral⁶⁸. Pero se podría

⁶³ Téngase en cuenta la dificultad de obtener estas certificaciones hasta tanto se complete la interconexión de los registros de disposiciones sucesorias. Hasta que ello no acontezca, y a corto plazo no se vislumbra, es de gran utilidad el portal europeo arert/enrwa (<http://www.arert>), que proporciona información sobre los Estados miembros de la Unión Europea. Se trata de una iniciativa de la Asociación Europea de Registros Testamentarios, orientada no tanto a la creación de un registro central sino a la interconexión de los nacionales. Su fin último sería la consulta directa y telemática por las mismas personas que pueden hacerlo en el respectivo registro nacional.

⁶⁴ En sentido contrario, en la resolución de 4 de julio de 2016, también dictada en el marco de una sucesión con testamento otorgado en España por un nacional británico exclusivamente para sus bienes en España, no se exigió el certificado extranjero, ni se insinuó que fuera necesaria una declaración sobre la existencia de dicho registro.

⁶⁵ En estos casos, R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE nos indican con gran sentido descriptivo que con ello “este título sucesorio pierde en la práctica buena parte de la *insularidad documental* de la que había disfrutado hasta entonces, pues se hace necesario poner en relación en testamento de aquí, con lo que hubiera sucedido allí” (“¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *cit.*, p. 4).

⁶⁶ En el territorio donde rige el Derecho inglés (Inglaterra y Gales) es muy frecuente que los testamentos queden en poder de los profesionales encargados de su redacción (normalmente *solicitors*), por lo que éstos suelen actuar como registros privados. No obstante existe un registro (*Probate Registry*), que está vinculado a la *Family Division* de la *High Court of Justice*, pero que no funciona con carácter obligatorio (*vid.* R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, “Comparación esquemática entre los sistemas sucesorios de distintos estados europeos para el otorgamiento en España de testamento de no residente”, *cit.*, p. 9).

⁶⁷ Nos llama la atención que siendo un hecho notorio cómo funciona la práctica testamentaria registral en el Derecho inglés dadas las múltiples resoluciones que ya se han dictado en relación a la sucesión de británicos en España, nos encontremos con resoluciones como las comentadas, farragosas e interminables (de quince densas páginas cada una). Por lo que entendemos que algo falla en el sistema: bien el notario que no lo hace constar en la escritura de adjudicación de herencia; bien el registrador que no la aprecia pudiendo hacerlo si le consta; bien la propia Dirección General que no resuelve directamente el asunto –quizás no le quepa otra opción– y lo devuelve para que el defecto detectado sea subsanado con carácter previo a la nueva presentación de la escritura para la inscripción. El resultado final será seguramente un proceso largo y costoso para el heredero legítimo, que probablemente tendrá su domicilio en Inglaterra y se sentiría al inicio feliz con la copia simple del testamento español que hicieron en su día sus padres, pero que en la realidad verá cómo se acumulan las dificultades para poder llevar a cabo la inscripción registral de los bienes inmuebles que le han sido adjudicados.

⁶⁸ En concreto propone una cláusula del siguiente tenor: “*Siempre que del correspondiente Registro español de últimas voluntades no resulte totalmente revocado por otro acto mortis causa, se presumirá, salvo prueba en contrario, que este testamento es eficaz respecto de los bienes objeto del mismo, sin necesidad de que los beneficiarios aporten certificado de institución*”

objetar la posible prohibición de las cláusulas derogatorias y *ad cautelam*, por ejemplo *ex* artículo 737 del Código civil; aunque en realidad ni se está derogando ninguna disposición futura ni se está sujetando la revocación a ningún requisito: únicamente se está estableciendo una presunción (lógicamente *iuris tantum*) en favor de la eficacia de ese testamento, respaldada por un registro español⁶⁹.

3. La situación tras la aplicación del Reglamento 650/2015: la Resolución de 10 de abril de 2017

56. Así las cosas, nos encontramos con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2017, que aborda la cuestión que ahora tratamos aplicando para ello por primera vez el Reglamento 650/2012 (dado que el fallecimiento del causante tuvo lugar el 12 de octubre de 2015). El testamento fue otorgado por nacional alemán en España el 22 de septiembre de 2014, manifestando el causante su estado de viudo y la existencia de una hija habida de un matrimonio anterior, y ordenaba su sucesión instituyendo heredera universal a una tercera persona, manifestando también que su hija recibió en vida ciertas propiedades sitas en Nueva York. Se presentó para su registro la escritura de partición y adjudicación de la herencia acreditándose el otorgamiento del referido testamento, siendo además el último que otorgó según se acreditó con el correspondiente certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

57. Según ya tuvimos ocasión de ver en relación a la presente resolución, en el caso objeto de la misma, y con una argumentación a nuestro juicio más que discutible, la Dirección General había determinado que la sucesión se debía regir por la ley española⁷⁰. Pero a continuación de la cuestión de la determinación de la ley aplicable a la referida sucesión, y dado que no era necesario probar Derecho extranjero al regirse la sucesión por el Derecho español, se plantea por la Dirección General el tema que ahora nos atañe, esto es, la eventual necesidad de aportación del certificado del Registro de Actos de Última Voluntad o equivalente del país de la nacionalidad del causante (Alemania) o bien la justificación de su inexistencia, cuestión ésta que fue puesta de relieve en la nota de calificación del registrador.

58. Al respecto la Dirección General recuerda la doctrina seguida sobre el particular en relación a las herencias causadas antes de la aplicación del Reglamento 650/2012, donde se consideraba especialmente relevante la vis atractiva de la ley nacional (atendiendo al contenido de art. 9.8 del Código civil)⁷¹. Sin embargo, acto seguido se indica que la plena aplicación del Reglamento 650/2015 aconseja una “matización” de esta doctrina. A tal efecto se destaca en primer término que el Reglamento conduce a la regulación de la validez material y formal de la disposición *mortis causa* en base a la ley presuntiva, la cual remite a la ley que se aplicaría (conforme a los arts. 21 y 22) en el caso de que el causante falleciera el día en que se otorgó la disposición *mortis causa* relevante conforme a los artículos 1 y 3 del Reglamento.

59. En este contexto, superado en el Reglamento 650/2012 el tradicional criterio de la nacionalidad como rector de la sucesión (salvo que hubiera elección indubitada de la misma *ex* art. 22), se estable-

extranjera equivalente del país de la nacionalidad, de la residencia del testador o de cualquier otro; por lo que la formalización en escritura pública española de cualesquiera actos en ejecución de este testamento, exonera a los notarios y demás profesionales y funcionarios intervinientes de cualquier indagación y responsabilidad en este sentido” (“La indiscriminada exigencia del certificado de últimas voluntades extranjero”, *cit.*, p. 6).

⁶⁹ Dice el mismo autor que esto es algo que las resoluciones de 6 de mayo y 6 de julio de 2016 reconocen que llevamos haciendo más de un siglo en relación a los derechos sucesorios de los descendientes, para lo cual atendemos a los que el propio testador designa como tales en su testamento, sin necesidad de embarcarnos en la prueba negativa de que están todos los que dice que son, y sin perjuicio de que pueda alegarse por aquel a quien interese la existencia de otros y de las consecuencias de la preterición (“La indiscriminada exigencia del certificado de últimas voluntades extranjero”, *cit.*, p. 7).

⁷⁰ Véase *supra*, apartado II, punto 4.

⁷¹ Y se refiere en concreto a la ya comentada resolución d 18 de enero de 2015 y a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 de junio de 2015 donde se llegó a la conclusión de que, tramitándose una declaración de herederos parecía una medida “oportuna, prudente y casi obligada” el solicitar además de las Últimas Voluntades españolas las del país de la nacionalidad del causante extranjero, debiéndose también aportar al Registro de la Propiedad con ocasión de la inscripción sucesoria. Y en el caso de que dicho registro no existiera en el país extranjero, debería acreditarse dicha circunstancia en la forma determinada en el artículo 36 del Reglamento hipotecario.

ce por la Dirección General como criterio general a seguir que “no resulta indispensable el recurso a la información del país de la nacionalidad, salvo que coincida con el de la residencia habitual”, matización que obliga a realizar ahora la norma (arts. 23, 24, 26 y 75.1 del Reglamento). En otras palabras, la certificación exigible debe ser a partir de ahora la del Estado de la residencia habitual del causante a la fecha de su fallecimiento, y no la de su nacionalidad⁷².

60. Por ello, hasta tanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros⁷³, parece oportuno mantener la exigencia de acreditación de la obtención diferente al de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad (que acreditare la existencia o no de disposición de última voluntad), únicamente cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable a la sucesión fuere distinta de la española. En tal caso se impone la presentación de certificado o justificación de su inexistencia en el Estado cuya ley resultare aplicable a la sucesión o a la disposición de última voluntad (arts. 21, 22, 24 y 25 del Reglamento), y ello con independencia de que sea o no la ley del Estado cuya nacionalidad ostentare el causante⁷⁴.

V. Conclusiones

61. Con el Reglamento 650/2012 ya plenamente aplicable, hemos abordado tres problemas concretos que están directamente relacionados con la puesta en escena de dicho instrumento, afectando en particular a las sucesiones de ciudadanos británicos abiertas en España, habiendo obtenido las siguientes conclusiones en relación a cada una de ellas.

62. a) Respecto a la interpretación de la disposición transitoria contenida en su artículo 83.2, y que adelanta la admisibilidad de la *professio iuris*, hemos tratado sobre la cambiante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a la valoración de determinadas cláusulas “dudosas”, contenidas en disposiciones de última voluntad anteriores al 17 de agosto de 2015. Así, la Resolución de 13 de agosto de 2014 descartó la existencia en el caso de elección de ley aplicable con unos argumentos totalmente erróneos: ni era cierto que el Reglamento no permita la elección tácita de ley aplicable, ni tampoco que en el caso concreto no pudiera deducirse tal elección dado que incluso el causante había manifestado en el testamento que éste se realizaba atendiendo a lo que permitía el derecho de su nacionalidad, esto es, el Derecho inglés.

63. La posterior Resolución de 15 de junio de 2016 dejó claro que una disposición de voluntad contenida en un testamento español donde el causante se ajusta a disponer de su patrimonio conforme a lo que le permite su ley nacional, debe ser considerada suficiente *ex art. 83* para entender que ha existido *professio iuris* a favor de la ley de su nacionalidad. Además, esta Resolución estableció que la elección anticipada de ley aplicable es válida incluso si se hubiera realizado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento, realizando una interpretación muy flexible del artículo 83 para dar cabida en el mismo a cualquier elección anticipada realizada en cualquier momento anterior al 17 de agosto de 2015.

⁷² En tales términos R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE señalan en relación a esta resolución referida a una herencia abierta después de la fecha de entrada en vigor del Reglamento (técnicamente es más correcto referirse a “fecha de aplicación”), que la certificación deberá estar referida ahora al Estado de la última residencia habitual del causante, y no al de la nacionalidad. Por ello, se permite prescindir de dicha certificación del Estado de la nacionalidad cuando la ley aplicable al ciudadano extranjero (entendemos que se refieren a la ley aplicable “a la sucesión” del ciudadano extranjero) sea la española por razón de su residencia habitual en España (“¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *cit.*, p. 3-4).

⁷³ Se trata de una medida complementaria a la aplicación del Reglamento 650/2012 incluida en el contexto *e-justice*.

⁷⁴ Por ello, en el caso de la resolución de 10 de abril de 2017, donde la ley aplicable a la sucesión es la ley española (en contra de nuestra opinión, *supra* apartado II, punto 4) y no resulta elemento que permita suponer que la ley presuntiva aplicable a la validez material o formal de la disposición de última voluntad sea distinta a la española, la Dirección General concluye que no es necesario la presentación de certificado expedido por el Registro testamentario alemán. Lógicamente, distinto hubiera sido el caso si, como a nuestro entender procedía, la ley aplicable a la sucesión hubiese sido la alemana; en tal caso, con la doctrina marcada, hubiera sido necesario aportar el correspondiente certificado alemán.

64. Por su parte la Resolución de 4 de julio de 2016 consolidó esta interpretación flexible sobre cómo ha de entenderse que existe elección por parte del causante: en el caso tratado por el simple hecho de que el disponente organizó su sucesión sin tener en cuenta el sistema de legítimas del Derecho español, es decir, ateniéndose a lo que le permitía la ley de su nacionalidad, nuevamente la ley inglesa.

65. Así, las cosas, aparentemente con el asunto pacífico, la sorprendente Resolución de 10 de abril de 2017 establece un nuevo criterio sobre cómo se ha de determinar la posible existencia de elección de ley aplicable, y ello basado en una discutible interpretación del artículo 26 del Reglamento, con la cual nos hemos mostrados disconformes. Entendemos que dicho precepto no puede conducir en cualquier caso a la obligatoriedad de una interpretación conforme a la ley española del contenido material de los testamentos en los que se incluyan elementos extranjeros y en los que se hagan referencia –directas o indirectas– a instituciones sucesorias previstas en la ley nacional del causante. Si ello fuera así se imposibilitaría en gran medida el propio ejercicio de la *professio iuris*, que está vinculado a la propia disposición testamentaria ex artículo 22.2 del Reglamento.

66. b) En relación a la admisibilidad o no de los testamentos parciales o *simpliciter*, para la Dirección General (resoluciones de junio de 2016 y de 4 de julio de 2016), al ser la sucesión única y comprender la totalidad de los bienes del causante a tenor del artículo 23.1 del Reglamento 650/2012, estas disposiciones testamentarias *simpliciter*, que tanto han facilitado las sucesiones de los causantes británicos en España, deben ser “erradicadas” de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015. Para nosotros la Dirección General no acierta en este punto, pues confunde la cuestión relativa al ámbito de la ley sucesoria, que ciertamente es universal y único, con la del ámbito material de una determinada disposición testamentaria. Por ello, respetando el principio de unidad de la sucesión, pueden existir tantos testamentos complementarios como el causante decida otorgar siempre que no exista contradicción entre los mismos. Es más, el principio de unidad en la sucesión que se invoca ahora para fundamentar con ello la posición en contra de los testamentos parciales, es un principio que incluso ya regía en nuestro sistema cuando se aplicaba con carácter general el artículo 9.8 del Código civil.

67. En todo caso, pueden perder su utilidad los testamentos *simpliciter* dentro de las fronteras de los Estados miembros que han participado en el Reglamento 650/2015 dado los mecanismos que en el mismo se instauran, y ahí puede ser comprendida la pretendida eliminación de los mismos. Pero llama la atención que la Dirección General haya indicado la necesidad de erradicarlos precisamente en tres resoluciones donde se abordan problemas relacionados con la sucesión de nacionales británicos. Y en estos casos creemos que no tiene sentido la exigencia de erradicación, máxime cuando ni siquiera se apunta algún principio de solución para salir del problema que dicha práctica viene a resolver para estas sucesiones internacionales descontextualizadas del Reglamento 650/2015.

68. c) Y en cuanto a la necesidad de aportar certificados de registros de actos de última voluntad extranjeros, la Resolución de 1 de julio de 2015, pionera en el asunto, encontrándonos ante un testamento alemán y otorgándose ante notario español operaciones de aceptación y manifestación de la herencia de un nacional alemán, exige la aportación del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante (en atención al art. 9.8 del Código civil) o acreditarse bien que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o bien que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.

69. A nuestro entender, como al de gran parte de la doctrina, dicha Resolución es errónea, no cabiendo pedir más que el certificado español, que es el que expresamente cita el artículo 76 del Reglamento hipotecario, obteniendo así una seguridad jurídica razonable. En el supuesto de que en algún caso marginal nos encontrásemos ante un fraude, la adjudicación de bienes podrá ser impugnada ante los tribunales, e incluso pedir eventualmente responsabilidad al notario que pudiera no haber actuado con la diligencia debida.

70. En posteriores resoluciones de la Dirección General, y atendiendo a diversas circunstancias, se ha relajado la exigencia de la necesaria aportación del certificado del registro extranjero, siendo suficiente con la declaración de un notario extranjero de haber realizado la consulta en el correspondiente registro extranjero, con indicación de su resultado, pero sin necesidad de tener que adjuntar la certificación o informe. Sin embargo dos resoluciones de 28 de julio de 2016, tratándose de testamentos otorgados por británicos en España para ordenar la sucesión de sus bienes aquí, volvieron a reiterar la necesidad de aportar el certificado extranjero,

71. Sin embargo, una vez es de aplicación el Reglamento 650/2012¹⁰, la Resolución de 10 de abril de 2017 “matiza” esta doctrina. En efecto, superado el tradicional criterio de la nacionalidad como rector de la sucesión, se establece por la Dirección General que no resulta indispensable el recurso a la información del país de la nacionalidad, salvo que coincida con el de la residencia habitual. Por ello, se permite prescindir de dicha certificación del Estado de la nacionalidad cuando la ley aplicable a la sucesión del ciudadano extranjero sea la española por razón de su residencia habitual en España.

72. No obstante, hemos de destacar que para el caso de los ciudadanos británicos que tienen su residencia habitual fuera de España y que deciden otorgar aquí testamento para ordenar la sucesión de los bienes que posean en España, la situación no va a cambiar y, en teoría, seguirá como hasta la fecha. En estos supuestos, y si siempre que se vayan a seguir admitiendo en el futuro este tipo de testamentos *simpliciter* (a día de hoy la realidad es que se siguen realizando), parece que seguirá siendo una obligación el aportar el certificado equivalente del registro de actos de última voluntad de su país o, ante su ausencia, acreditar su inexistencia o imposibilidad de aportación.

ANÁLISIS COMPARADO DE LA COSA JUZGADA EN DERECHO INGLÉS

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE *RES JUDICATA* DOCTRINE UNDER ENGLISH LAW

JAIME ZARZALEJOS HERRERO

Abogado y Consultor Senior en Vices

*Profesor Colaborador en el Máster de Derecho Internacional y Europeo de los Negocios
en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Recibido: 28.11.2017 / Aceptado: 13.12.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4131>

Resumen: El estudio tiene por objeto el análisis comparado entre la regulación de la doctrina de la *res judicata* o cosa juzgada en Derecho inglés y en el ordenamiento jurídico español. En primer lugar, el artículo analiza la cosa juzgada –y otras figuras preclusivas que producen efectos similares– desde la perspectiva Derecho inglés. En segundo lugar, se abordará su regulación en Derecho español. Finalmente, el trabajo expone una serie de conclusiones en donde se pone de manifiesto las diferencias y similitudes sobre su regulación en ambos ordenamientos.

Palabras clave: *res judicata*, estoppel, *Henderson rule*.

Abstract: The paper analyses the regulation of the *res judicata* doctrine under English and Spanish law from a comparative perspective. The paper first examines the regulation of the *res judicata* doctrine –and other pleas which have similar effects– under English law. Secondly, the paper reviews its regulation under Spanish law. The paper ends drawing some conclusions on the differences and similarities under both legal systems.

Keywords: *res judicata*, estoppel, *Henderson rule*.

Sumario: I. Introducción. II. *Res judicata* en Derecho inglés. 1. Efectos preclusivos en sentido estricto. A) *Estoppel by record*. a) *Cause of action estoppel*. b) Issue estoppel. B) *Doctrine of Merger*. 2. Efectos preclusivos en sentido amplio: la *Henderson Rule*. III. *Res judicata* en Derecho español. 1. Cosa juzgada. A). Cosa juzgada formal. B). Cosa juzgada material. a). Efecto negativo o excluyente. b). Efecto positivo o prejudicial. 2. La preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. IV. Comparación y Conclusiones. 1. Comparación sobre la aplicabilidad subjetiva. 2. Comparación sobre la aplicabilidad objetiva.

I. Introducción

1. La doctrina de la cosa juzgada es considerada por algunos autores como un principio universal que forma parte de los sistemas jurídicos de todas las naciones civilizadas.¹ Este artículo analiza

¹ A. FREEMAN, 'A treatise on the law of Judgments. Including all final determinations of the rights of parties in actions or proceedings at Law or in Equity', Editor E.W. Tuttle, Edición 5ª de 1925, para 627, pág. 1.321: '*The doctrine of res judicata is a principle of universal jurisprudence forming part of the legal systems of all civilized nations.*' Asimismo, esta institución es un elemento nuclear del Estado de Derecho porque como afirma ZUCKERMAN, *finality of litigation is no mere technicality. It is an inseparable feature of the rule of law.* (A. ZUCKERMAN, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 27, Número 2, Editorial Sweet & Maxwell, 2008, pág. 151.)

dicha institución –y otras figuras preclusivas que producen efectos similares– en el Derecho inglés² en comparación con su tratamiento en el ordenamiento español.

2. La cosa juzgada regula los efectos de la sentencia impidiendo la repetición indebida de litigios, así como la armonía de las sentencias que se pronuncian sobre asuntos (prejudicialmente) conexos.³ En la práctica jurídica, no es infrecuente que la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones intente volver a someter la cuestión a la consideración de otro tribunal para intentar revertir los efectos de la primera decisión. También forma parte de la práctica jurídica aquella situación en la que la parte que haya visto estimadas sus pretensiones de forma parcial, vuelve a instar otro procedimiento para intentar conseguir una satisfacción plena. Por ello, esta institución es sumamente relevante en el tráfico jurídico y debe ser analizada con cautela a la hora de plantear una estrategia procesal.

3. Cuando el litigio tiene una dimensión supranacional esta cuestión puede dar lugar a situaciones aún más complejas porque implican cuestiones de derecho internacional privado tales como el reconocimiento de la resolución, sus efectos y la ley aplicable a los mismos.⁴ ¿Qué ocurre si la cosa juzgada tiene un alcance distinto en el Estado de origen y en el Estado requerido? Esta pregunta es especialmente relevante cuando el Estado de origen tiene una tradición jurídica distinta como es el caso de Inglaterra. Por ello, el estudio de la doctrina de la *res judicata* en el Derecho inglés permite conocer el alcance de la protección de sus resoluciones.

4. En un contexto económico global en el que las relaciones jurídicas trascienden los ordenamientos de un único Estado, la preeminencia del Derecho inglés como la ley aplicable a los negocios jurídicos internacionales hace de Inglaterra (en particular de Londres) un foro especialmente relevante. El Derecho inglés como sistema es complejo y un análisis detallado del mismo no entra dentro del objeto de este estudio. Sin embargo, para comprender cómo se regula la cosa juzgada –y otras figuras preclusivas– resulta imprescindible una breve mención a su sistema de fuentes.

5. En Derecho inglés hay dos fuentes principales. La primera, son las leyes aprobadas por el Parlamento (*statutes*) que es el derecho codificado y prevalece sobre cualquier otra disposición en virtud del principio de soberanía parlamentaria.⁵ La segunda fuente principal es la jurisprudencia (*common law*). Esta fuente es tan característica del sistema anglosajón que se usa para describir al sistema en su conjunto y por ello, se hace referencia a los sistemas *common law* en contraposición con los sistemas *civil law* o continentales. Sin embargo, en sentido estricto, *common law* es un tipo de Derecho o, si se prefiere, una de las fuentes del Derecho inglés.

6. *Common law* es el Derecho que crean los jueces a través de las sentencias. En el ordenamiento inglés, el juez tiene atribuida una auténtica potestad para crear Derecho (*the judge's law-making*

² En el Reino Unido conviven tres ordenamientos distintos: el inglés y galés, escocés y norirlandés. Este artículo se circunscribe al Derecho inglés (y galés). Las figuras preclusivas que se analizan en el artículo están presentes en la gran mayoría de ordenamientos *common law* (Estados Unidos, Australia, India, Nueva Zelanda, etc.). Sin embargo, en cada país han evolucionado de forma distinta y, por tanto, su denominación y contenido pueden variar.

³ Exposición de Motivos de la LEC.

⁴ Por ejemplo, el Reglamento 1215/2015 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil establece el reconocimiento automático de resoluciones entre estados miembros y por tanto, los efectos de la cosa juzgada se produce sin un examen previo de sus efectos. En España, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil establece que el “reconocimiento de la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen.”

⁵ El sistema de fuentes está íntimamente ligado con el concepto de soberanía parlamentaria. DICEY estableció los tres principios sobre los que se asienta la soberanía del Parlamento (*Dicey's three rules of parliamentary sovereignty*): (i) el Parlamento es el órgano legislativo supremo con poder para legislar sobre cualquier materia; (ii) ningún Parlamento está vinculado por su antecesor ni puede vincular a su predecesor; y (iii) ninguna persona u órgano (incluidos jueces y tribunales) puede derogar o dejar sin efecto las Leyes aprobadas por el Parlamento. (A. VENN DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Editorial Macmillan, 1897).

power).⁶ Este Derecho “jurisprudencial” se crea y configura a través de la doctrina del precedente (*doctrine of precedent*) que a su vez se deriva del principio de jerarquía judicial pero cuyas particularidades no serán tratadas en este estudio. Por la propia naturaleza del *common law*, muchas de estas reglas y principios están sometidos a una evolución constante y en ocasiones su contenido no es homogéneo, pero precisamente esa mutabilidad es una de las características por las que se considera que el Derecho inglés es eminentemente más práctico.

7. Aun cuando en Inglaterra ha habido un desarrollo sustancial del Derecho codificado en los últimos ciento cincuenta años, muchas de sus doctrinas, reglas y principios son de construcción eminentemente jurisprudencial (entre ellos la cosa juzgada y otras figuras con efectos preclusivos). Ello hace que en ocasiones su estudio sea complejo de abordar en tanto que no hay texto concreto de referencia que establezca o delimite su contenido, pero como dijera un eminente magistrado inglés, “*that is the beauty of the common law; it is a maze and not a motorway*”.⁷ En definitiva, el estudio del *common law* –y por tanto de la cosa juzgada– es el estudio de su jurisprudencia.

II. *Res judicata* en el Derecho inglés

8. Derivado de su origen romano,⁸ los principios sobre los que se asienta la doctrina en Derecho inglés son los mismos que en el resto de sistemas continentales, esto es, *nemo debet vexari pro una et aedem causa e interest res publicae ut finis litium sit*.⁹ FREEMAN resume la recepción de la doctrina de la cosa juzgada en los sistemas *common law* de la siguiente manera:

It was administered in the forum of Rome. It thence passed to those countries of continental Europe which came under the sway of the civil law; and the luminous reasoning of the civilians has exerted a marked influence upon English and American jurists in the development of the doctrine within the body of the common law.

9. En concreto en Derecho inglés, la Cámara de Lores¹⁰ (*House of Lords*) ha definido la doctrina de la *res judicata* como un concepto híbrido que engloba una serie de principios del derecho de distinta tradición jurídica.¹¹ En consecuencia, los efectos preclusivos en Derecho inglés pueden clasificarse de varias formas en función del criterio que se aplique y no hay un consenso establecido. Esto se debe a que existen distintas interpretaciones en cuanto a la delimitación del alcance y contenido de las distintas figuras preclusivas.

10. En este estudio se seguirá la clasificación –una de las otras muchas que se pueden encontrar en la jurisprudencia inglesa– que distingue entre las figuras preclusivas que producen efectos de *res judicata* en sentido estricto (*narrow sense*) y *res judicata* en sentido amplio (*wider sense*). En el primer caso,

⁶ Esta potestad no es equiparable al artículo 1.6 del Código Civil español cuando establece que la jurisprudencia del Tribunal Supremo complementa el ordenamiento cuando interpreta y aplica la ley.

⁷ LORD JUSTICE DIPLOCK en *Morris v. Martin*, [1966] 1 Q.B. 716, 730.

⁸ A. FREEMAN, ‘A treatise on the law of Judgments. Including all final determinations of the rights of parties in actions or proceedings at Law or in Equity’, Editor E.W. Tuttle, Edición 5ª de 1925, para 627, pág. 1.321.

⁹ N. ANDREWS, *The modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Editorial Mohr Siebeck, 2008, pág. 157, para. 8.22: ‘*The underpinning maxims are: nemo debet vexari pro una et aedem causa and interest res publicae ut finis litium sit* (‘no one should be disturbed twice in the same matter’ and ‘it is in the public interest that law suits should have and end’).’

¹⁰ La *House of Lords* es una de las dos cámaras legislativas de Reino Unido junto con la Cámara de los Comunes (*House of Commons*). Históricamente, a parte de las funciones legislativas, la Cámara de los Lores también ejercía funciones jurisdiccionales a través del *Appellate Committee of the House of Lords* y era la máxima corte de apelación. Sin embargo, en 2005 se promulgó la *Constitutional Reform Act* en virtud de la cual se creó el Tribunal Supremo (*Supreme Court*) quien asumió las competencias jurisdiccionales de la *House of Lords* en 2009.

¹¹ *Virgin Atlantic Airways Limited v Zodiac Seats UK Limited* [2013] UKSC 46 para.17: ‘*Res judicata* is a portmanteau term which is used to describe a number of different legal principles with different juridical origins. As with other such expressions, the label tends to distract attention from the contents of the bottle.’

se analiza el *estoppel by record* en sus dos manifestaciones (*estoppel cause of action* e *issue estoppel*) y la *doctrine of merger*. En el segundo caso, se analiza la *Henderson rule*.

1. Efectos Preclusivos en Sentido Estricto

11. Los efectos preclusivos en sentido estricto son aquellos efectos que se proyectan sobre cuestiones de hecho o de derecho que han sido planteadas en un proceso y sobre las que ha habido un pronunciamiento.

12. Se adjetiva con la expresión sentido estricto porque es necesario que haya habido un pronunciamiento mediante sentencia. Dicho pronunciamiento¹² debe ser: (i) una decisión judicial (*judicial decision*), entendiéndose por decisión aquella que se pronuncie sobre una cuestión de hecho y/o de derecho; (ii) dictado por un tribunal (*judicial tribunal*), si bien entran dentro de éste concepto las decisiones de cualquier órgano que ejerza una función jurisdiccional (ej. tribunales arbitrales); (iii) que tuviese atribuida la competencia para sustentar el asunto; (iv) que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo; (v) y que dicho pronunciamiento sea definitivo (*final and conclusive*).

13. Por ello, los efectos preclusivos en sentido estricto se identifican con la cosa juzgada mientras que los efectos preclusivos en sentido amplio se incardinan en otra serie de principios que serán tratados más adelante. Esta distinción guarda cierta similitud en el ordenamiento español con la extensión de la cosa juzgada al objeto material y al objeto virtual del proceso, cuestión que también será abordada a lo largo de este artículo.

14. Asimismo, puede operar como regla de evidencia procesal, porque como afirma SALMOND, ‘*A judgment is conclusive evidence as between the parties, and sometimes against all the world, of the matter adjudicated upon.*’¹³ similar a como opera en derecho español con respecto a los efectos positivos o prejudiciales de la cosa juzgada material.

15. Al igual que en el ordenamiento español, para decidir si opera o no la doctrina de la *res judicata* es necesario hacer una comparativa entre los elementos que componen el primer proceso y los elementos del segundo. En función de la institución que se invoque, en algunos casos se exige la coincidencia de todos los elementos mientras que en otros sólo se exige la identidad de alguno de ellos. Este análisis, denominado como el test de triple identidad, debe valorar; (i) la causa de pedir (*cause of action*); (ii) objeto (*subject-matter* u *object*); y (iii) los sujetos (*parties*):

i. Causa de pedir

16. Un concepto nuclear del proceso es la *cause of action* o causa de pedir. El magistrado LORD JUSTICE DIPLOCK afirmó que “*cause of action is simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the Court a remedy against another person*”.¹⁴ Al igual que en el ordenamiento español, son los presupuestos fácticos y/o jurídicos (*proposition of law or fact*) que permiten a la parte solicitar una determinada tutela.

ii. Objeto

17. El objeto del proceso entendido como la cuestión litigiosa es lo que denominan *subject-matter*. En España, el principal elemento para delimitar el objeto *litis* son las pretensiones si bien el sistema inglés,

¹² P. BARNETT, “The Prevention of Abusive Cross-Border Re-Litigation”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 4 (Oct., 2002), pp. 943-957.

¹³ J. SALMOND, ‘Jurisprudence or the theory of law’, Editorial Williams, Edición 10ª, 1947 visto en Y. SINAI, ‘Reconsidering res judicata: a comparative perspective’, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 21, 2011, pág. 364 *in fine* y 365.

¹⁴ LORD JUSTICE DIPLOCK en *Doreen Ann Letang v Frank Anthony Cooper* [1964] EWCA.

al menos desde la perspectiva de la cosa juzgada, parece haber adoptado una posición en la que priman los presupuestos fácticos y jurídicos en su conjunto sobre las pretensiones concretas.

18. Tras varias reformas se estableció que el tipo de acción (*forms of action*) no afecta a la causa de pedir.¹⁵ Unos mismos hechos pueden dar lugar a varias *forms of action* si bien en Derecho inglés, la cosa juzgada por lo general se extiende a todas las posibles acciones que se deriven de unos mismos hechos mientras que en España, la cosa juzgada material se aplica –según parte de la jurisprudencia y como se expone más adelante– únicamente con respecto de la concreta pretensión que se formula.¹⁶

iii. Sujetos

19. En cuanto a la vinculación subjetiva de la cosa juzgada en sentido estricto, en principio –y al igual que en Derecho español– se aplica a las partes del procedimiento originario. El concepto de *mutuality* es por tanto similar al principio de relatividad *inter partes*.

20. Sin embargo, hay situaciones en las que los intereses de los actores son tan estrechos –cuando no idénticos– que el Derecho inglés establece una excepción al principio de relatividad de la cosa juzgada permitiendo extender sus efectos a terceros que no fueron parte en el procedimiento anterior.¹⁷

21. Un tipo de vinculación especial¹⁸ es cuando la parte y un tercero están en *privity of interest*. El concepto de *privity* (o estar en *privity* con) hace referencia a la relación de intereses entre dos o más partes con respecto a un determinado negocio jurídico. En el mundo empresarial son muchos los casos en donde se pueden dar este tipo de situaciones como por ejemplo las relaciones entre matriz y filiales o empresas participadas, relaciones entre los miembros de un síndico frente al prestatario, bonistas con respecto al emisor, fabricante-proveedor-consumidor, etc. El principio general es que cada parte tiene el derecho a presentar su propio caso frente a un mismo demandado o sus respectivas defensas frente a un mismo demandante y, por tanto, lo que se decida sobre uno no debería afectar al resto.

22. La doctrina del *privity of interest* fue nuevamente enunciada por la *Court of Appeal* en el caso *Resolution Chemicals Limited v H. Lundbeck A/S* (en el que se recoge la jurisprudencia anterior sobre la materia). La sentencia estableció que, para determinar si dos partes están en *privity of interest*, se deben analizar: (i) los intereses que tenía el tercero con respecto al objeto del procedimiento anterior, (ii) analizar hasta qué punto puede considerarse al tercero como parte original del procedimiento anterior, y en general (iii) analizar hasta qué punto es justo que el tercero quede vinculado por la resolución en el primer procedimiento.

23. El primero de los supuestos puede darse cuando uno de los demandados decide no participar de forma consciente y voluntaria en el proceso. En el Derecho inglés, al igual que en el Derecho español, se contempla la posibilidad de que intervengan terceros que originariamente no eran demandantes ni demandados y por ello, la jurisprudencia en ocasiones ha establecido que aquel que tenga un interés directo

¹⁵ *Ibid.*: ‘Historically the means by which the remedy was obtained varied with the nature of the factual situation and causes of action were divided into categories according to the “form of action” by which the remedy was obtained in the particular kind of factual situation which constituted the cause of action. But that is legal history, not current law (...). Certain procedural consequences, the importance of which diminished considerably after the Common Law Procedure Act of 1852, flowed from the plaintiff’s pleader’s choice of the form of action used. The Judicature Act of 1873 abolished forms of action. It did not affect causes of action.’

¹⁶ Por ejemplo, en la STS 515/2016, de 21 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3634) (MAGISTRADO PONENTE ANTONIO SALAS CARCELLER): Se consideró que la acción de indemnización derivada de la no entrega de unas naves industriales no había precluido porque las pretensiones ejercitadas (de entrega e indemnización) eran distintas.

¹⁷ *Resolution Chemicals Limited v H. Lundbeck A/S* [2013] EWCA Civ 924: ‘The law recognises that there are some classes of case where fairness demands that party C should be precluded from re-litigating a matter even although he was not a party to the previous proceedings between A and B. One of these is where party C is in “privity of interest” with A.’

¹⁸ Otro tipo de vinculación puede ser familiar (*privies by blood*) o por título (*privies by title*).

en la relación jurídico-material del proceso y voluntariamente no participa, luego no puede oponerse a las consecuencias de la decisión. El juez STUART-SMITH lo enunció de forma gráfica cuando afirmó que “*he was content to sit back and leave others to fight his battle, at no expense to himself. In my judgment that is sufficient to make him privy to the estoppel (...)*”¹⁹

24. El segundo de los supuestos cubre aquellas situaciones en las que el tercero no tiene un interés directo en la relación-jurídico material, pero sí tiene una relación estrecha con una de las partes (ej. matriz-filial).²⁰ El tercero, supone un análisis general sobre si sería justo o no que el tercero quedase vinculado por la decisión en el procedimiento anterior. En definitiva, la relación debe ser estrecha ya que en caso contrario no se podrá hacer extensible la cosa juzgada a un tercero.²¹

25. Una vez analizados los elementos que se han de valorar para determinar si puede aplicar o no la doctrina de la *res judicata* en Derecho inglés, a continuación se exponen los mecanismos a través de los cuales se hacen valer los efectos preclusivos en sentido estricto (los derivados de una sentencia); estos son, (A) *estoppel by record* y (B) la *doctrine of merger*.

A) Estoppel by Record

26. Introducido por los normandos, la palabra *estoppel* deriva de la palabra *estopper* cuyo origen etimológico remoto proviene del francés antiguo *etouppail*, que puede traducirse como taponar o parar.²² Es importante desatacar que “*estoppel*” es un término genérico que hace referencia a la imposibilidad de una parte de plantear una determinada cuestión. A lo largo de los siglos, esta institución ha tenido un gran desarrollo en el Derecho inglés y ha dado lugar varias instituciones jurídicas relacionadas pero distintas entre sí.²³

27. En otras áreas del derecho existen otros tipos de *estoppel* como por ejemplo *equitable estoppel* (*proprietary y promissory*), *estoppel by representation* o *estoppel in pais* (entre otros) que están más relacionados con la prohibición de ir contra los actos propios y, por tanto, no se incardinan dentro de la doctrina inglesa de la *res judicata*.

¹⁹ House of Spring Gardens Ltd v Waite [1991] QB 241.

²⁰ Zeiss No 2 [1967] 1 AC 853: ‘(...) if the other party to the earlier litigation brings an action against the servant or agent, the real defendant could be said to be the employer, who alone has the real interest, and it might well be thought unjust if he could vex his opponent by relitigating the original question by means of the device of putting forward his servant.’

²¹ SIR ROBERT MEGARRY en Gleeson v. J. Wippell & Co. Ltd. [1977] 1 W.L.R.: ‘it seems to me that the substratum of the doctrine is that a man ought not to be allowed to litigate a second time what has already been decided between himself and the other party to the litigation. This is in the interest both of the successful party and of the public. But I cannot see that this provides any basis for a successful defendant to say that the successful defence is a bar to the plaintiff suing some third party, or for that third party to say that the successful defence prevents the plaintiff from suing him, unless there is a sufficient degree of identity between the successful defendant and the third party.’ [énfasis añadido]. En este mismo sentido SIR DAVID CAIRNS en Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. [1982] 2 Lloyds 132: ‘I do not accept the proposition ... that when an issue has already been decided in proceedings between A and B it is prima facie an abuse of the process of the Court for B to seek to have the issue decided afresh in proceedings between himself and C and that in such circumstances there is an onus on B to show some special reason why he should be allowed to raise the issue against C. On the contrary, I consider that it is for him who contends that the retrial of the issue is an abuse of process to show some special reason why it is so.’

²² Oxford Dictionary.

²³ LORD DENNING en McKelkeny v Chief Constable of the West Midlands [1980] QB 283: ‘From that simple origin there has been built up over the centuries in our law a big house with many rooms. It is the house called Estoppel. In Coke’s time it was a small house with only three rooms, namely, estoppel by matter of record, by matter in writing, and by matter in pais. But by our time we have so many rooms that we are apt to get confused between them. (...) These several rooms have this much in common: They are all under one roof. Someone is stopped from saying something or other, or doing something or other, or contesting something or other. But each room is used differently from the others. (...) It is a mistake to suppose that what you find in one room, you will also find in the others.’

28. En este apartado únicamente se analizarán los *estoppel* que se derivan de los efectos de la cosa juzgada.²⁴ Por ello, a estos tipos de *estoppel* también se les denomina *estoppel by record*²⁵ en tanto que requiere que haya habido un pronunciamiento previo. Hay dos tipos de *estoppel by record*; (a) *cause of action estoppel* y (b) *issue estoppel*.²⁶

a) Cause of Action Estoppel

29. *Cause of action estoppel* es quizás la forma menos compleja de los *estoppel by record*. Similar al efecto negativo de la cosa juzgada material en Derecho español, la finalidad de esta institución es evitar un nuevo proceso idéntico a otro anterior y sobre el que ya ha recaído una sentencia. La Cámara de los Loes resumió las siguientes condiciones para que pueda apreciarse el *cause of action estoppel*:

Cause of action estoppel arises where the cause of action in the later proceedings is identical to that in the earlier proceedings, the latter having been between the same parties or their privies and having involved the same subject matter.²⁷ [Énfasis añadido]

30. Es decir, tiene por objeto impedir el acceso al proceso (*in such case the bar is absolute in relation to all points decided*) y para que puede invocarse satisfactoriamente, debe cumplirse el test de triple identidad: (i) mismos sujetos (*same parties* o *their privies*), (ii) mismo objeto (*same subject matter*) y (iii) misma causa (*cause of action*).

Excepciones a la cosa juzgada derivada del cause of action estoppel

31. En principio, como apunta ZUCKERMAN, ni el descubrimiento de nuevas pruebas ni un cambio en la Ley, permiten reabrir una cuestión idéntica sobre la que ha habido un pronunciamiento.²⁸

32. Sin embargo, hay una excepción. La causa por la que se pueden levantar los efectos de la cosa juzgada derivado del *cause of action estoppel* es fraude²⁹ o colusión entre las partes³⁰ mediante la rescisión de sentencia. Con respecto a esta cuestión es importante destacar la sentencia *Royal Bank of Scotland plc v Highland Financial Partners LP*³¹ en donde se establece que para determinar si ha existido o no fraude, deben darse los siguientes elementos: (i) la parte contraria debe haber actuado de forma consciente con mala fe (*deliberate dishonesty*) al aportar o no aportar una prueba (*concealment*), (ii) que la prueba o su no aportación sea material, es decir, que de haberse conocido hubiese cambiado el fallo, y (iii) este análisis debe realizarse con respecto al impacto que hubiese tenido en el proceso original, no con respecto al impacto que tendría si se repitiese el procedimiento a la luz de la nueva prueba. Este último caso se suele invocar en un procedimiento distinto ejercitando un tipo de acción de anulación (en España rescisión) tendente a dejar sin efecto la sentencia.

²⁴ N. ANDREWS, *The modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Editorial Mohr Siebeck, 2008, pág. 157, para. 8.22 *in fine*: '(...) the distinction between 'cause of action estoppel' and 'issue estoppel', the two species of estoppel by res judicata'.

²⁵ En Estados Unidos se suele denominar como '*estoppel by judgment*'.

²⁶ En la terminología estadounidense, *cause of action estoppel* se denomina *claim of preclusion* mientras que *issue estoppel* se denomina *issue preclusion* o *collateral estoppel*.

²⁷ *Arnold v National Westminster Bank plc* [1991] 2 AC 9.

²⁸ A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, 2ª Edición, 2006, pg. 939 visto en Y. SINAI, *Reconsidering res judicata: a comparative perspective*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 21, 2011, pág. 358.

²⁹ A. ZUCKERMAN, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 27, Número 2, Editorial Sweet & Maxwell, 2008, pág. 151: '*The "fraud of the party" rule is a matter of fundamental justice derived from the principle that a person should not be allowed to profit by their own wrong.*'

³⁰ *Ibid.*: '*In such a case, the bar is absolute in relation to all points decided unless fraud or collusion is alleged, such as to justify setting aside the earlier judgment.*' [Énfasis añadido]

³¹ *Royal Bank of Scotland Plc v Highland Financial Partners LP* [2013] EWCA Civ 328, para. 106. Otro test más laxo es el establecido en *Ladd v Marshall* [1954] WLR 1489 (conocido como the *Ladd v Marshall test*).

b) Issue estoppel

33. El término *issue estoppel*³² fue enunciado por primera vez en 1921 por el JUEZ HIGGINS de la High Court australiana en el caso *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation*³³ y posteriormente fue adoptado en Inglaterra a través de la sentencia *Thoday v Thoday*. La jurisprudencia ha resumido el *issue estoppel* de la siguiente forma:

Issue estoppel can be said to exist when there is a judicial establishment of a proposition of law or fact between parties to earlier litigation and when the same question arises in later litigation between the same parties.³⁴

34. En cuanto a los requisitos para que pueda apreciarse *issue estoppel*, la Cámara de los Lores estableció lo siguiente:³⁵

Issue estoppel may arise where a particular issue forming a necessary ingredient in a cause of action has been litigated and decided and in subsequent proceedings between the same parties involving a different cause of action to which the same issue is relevant one of the parties seeks to re-open that issue. [Énfasis añadido]

35. Es decir, los efectos de *issue estoppel* se proyectan sobre una determinada cuestión de hecho o de derecho. En principio se exige una identidad de partes, pero no de causa de pedir (*involving a different cause of action*). Además, es necesario que la cuestión concreta (*issue*) sea un elemento esencial (*necessary ingredient* o *essential element*)³⁶ de la causa de pedir en el procedimiento anterior y por tanto, debe ser un hecho –fáctico o jurídico– sobre el que se haya discutido dentro del proceso. Las partes no pueden contradecir el pronunciamiento sobre una cuestión de hecho y/o de derecho sobre la que ya ha habido un pronunciamiento y al igual que ocurre la cosa juzgada material en sentido positivo, es una suerte de prueba procesal *iuris et de iure*.³⁷

36. El *issue estoppel* despliega sus efectos sobre un determinado elemento fáctico o jurídico de la causa de pedir en el procedimiento originario. En función de si el *issue estoppel* aplica a un hecho o a un elemento jurídico, la jurisprudencia en ocasiones ha clasificado el *issue estoppel* en “*issue estoppel*” cuando aplica a cuestiones jurídicas y “*fact of estoppel*” cuando se aplica a hechos. Una parte de la jurisprudencia considera que el *issue estoppel* aplica por igual a hechos que a elementos jurídicos³⁸ mientras

³² En ocasiones también se denomina “*decided issue estoppel*” o en Estados Unidos “*collateral estoppel*”.

³³ *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921) 29 C.L.R. p.561-562: “I fully recognize the distinction between the doctrine of *res judicata* where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and the doctrine of *estoppel* where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided (I may call it “*issue-estoppel*”). (...) But in the case of what I call “*issue-estoppel*” it must appear that the precise issue was previously taken.” [Énfasis añadido]

³⁴ Juez LAWSON en *R v Hogan* [1974] 2 All ER 142.

³⁵ En *Arnold v National Westminster Bank Plc* [1991] 2 AC 93. En este sentido, ver también *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)*: *HL* 1966: “The requirements of *issue estoppel* still remain (1) that the same question has been decided, (2) that the judicial decision which is said to create the *estoppel* was final, and (3) that the parties to the judicial decision, or their privies, were the same persons as the parties to the proceedings in which the *estoppel* is raised, or their privies.”

³⁶ El juez DIPLOCK L.J. en el caso *Mills v. Cooper* [1967] 2 Q.B 459: “the correctness of which is an essential element in his cause of action or defence, if the same assertion was an essential element in his previous cause of action or defence, if the same assertion was an essential element in his previous cause of action or defence in previous civil proceedings between the same parties or their predecessors in title (...)” [Énfasis añadido]

³⁷ *Mills v. Cooper* [1967] 2 Q.B. 459 establecía que “[A] party to civil proceedings is not entitled to make, as against the other party, an assertion, whether of fact or of the legal consequences of facts, the correctness of which is an essential element in his cause of action”

³⁸ LORD REID en *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1966] 2 All ER 536: ‘DIPLOCK, L.J., dealt with the matter on more general lines, however, and what he says is further explained in *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O. Exportchleb*. He drew a distinction between *issue estoppel* and *fact estoppel* which I find difficult to understand. Suppose that as an essential step towards the judgment in an earlier case it was decided (a) that on a particular date A. owed B. £100 or (b) that on that date A. was alive. The first is, or at least probably is, a question of law, the second is a pure question of fact. Are these findings to be treated differently when *issue estoppel* is pleaded in a later case?’ [Énfasis añadido]

que otra parte considera que para que sea aplique a hechos, es necesario que el juez le haya otorgado una determinada consecuencia jurídica.³⁹

Excepciones a la cosa juzgada derivado del issue estoppel

37. Al igual que en el *cause of action estoppel*, es posible reabrir una determinada cuestión en un proceso posterior en caso de fraude o colusión (*ut supra* 32). Sin embargo, en el caso del *issue estoppel*, la jurisprudencia ha considerado que determinados hechos o elementos jurídicos pueden ser re-examinados en circunstancias especiales.⁴⁰ Algunos de los motivos que pueden considerarse como circunstancias especiales son el descubrimiento de nuevas pruebas que no eran conocidas por la parte o un cambio sustancial en la interpretación de las normas que afecte directamente a la cuestión que se trata de reabrir.⁴¹ Para ello, el tribunal debe valorar si denegar la reapertura de una determinada cuestión podría dar lugar a una situación injusta.

B) Doctrine of Merger

38. Es importante comenzar por destacar que no hay unanimidad en cuanto a si la *Doctrine of merger* es otra de las posibles manifestaciones de la doctrina de la *res judicata* o si por el contrario tiene una entidad propia. Aun cuando ambas instituciones tienen como finalidad proteger la seguridad jurídica, hay quien entiende que son conceptos diferentes ya que se aplican para prevenir situaciones distintas. Como se expondrá a continuación, la *Doctrine of merger* es una defensa frente al demandante que, habiendo visto estimadas sus pretensiones, reitera la cuestión litigiosa en un procedimiento posterior para intentar obtener un resarcimiento adicional al concedido en el primer procedimiento.

39. En este artículo se ha decidido seguir la clasificación que entiende que, aun siendo distinto a *cause of action estoppel* e *issue estoppel*, sí participa de la doctrina de la *res judicata* pues es una figura cuyos efectos preclusivos se derivan de una sentencia.

40. El origen de la *Doctrine of merger* (también conocido como la doctrina del *former recovery*) se remonta a la sentencia King v Hoare (1844). El párrafo que dio origen a la *doctrine of merger* explicaba así su contenido:

the judgment is a bar to the original cause of action, because it is thereby reduced to a certainty, and the object of the suit attained...Hence the legal maxim '*transit in rem judicatam*' - the cause of action is changed into matter of record, which is of a higher nature, and the inferior remedy is merged in the higher.⁴²

41. Para que opere la *Doctrine of merger* es necesario que la segunda acción se derive de los presupuestos (elementos fácticos y/o jurídicos) que fundamentaron la primera acción, es decir, se exige

³⁹ En este sentido, ver *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb* [1966] 1 QB 630: “*But while an issue may thus involve a dispute about facts, a mere dispute about facts divorced from their legal consequences is not an issue.*”

⁴⁰ Una de las sentencias más relevantes con respecto a esta cuestión es *Arnold v National Westminster Bank Plc* [1991] 2 AC 93 en donde LORD KEITH afirmó lo siguiente: “*In my opinion your Lordships should affirm it to be the law that there may be an exception to issue estoppel in the special circumstance that there has become available to a party further material relevant to the correct determination of a point involved in the earlier proceedings, whether or not that point was specifically raised and decided, being material which could not by reasonable diligence have been adduced in those proceedings. One of the purposes of estoppel being to work justice between the parties, it is open to courts to recognise that in special circumstances inflexible application of it may have the opposite result, (...).*”

⁴¹ N. ANDREWS, *The modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Editorial Mohr Siebeck, 2008, pág. 158, para. 8.24: “*Unlike cause of action, issue estoppel can be relaxed in either of these situations: (i) there has been a retrospective change in the law that renders the point covered by the issue ‘plainly wrong’, or (ii) new evidence has emerged which ‘entirely changes the aspect of the case’, provided that, even if he had displayed a ‘reasonable diligence’, (...).*”

⁴² *King v Hoare* (1844), 135 E.R. 206. Visto en *Arbitus Leasing Ltd. v. X-Zibit A Inc.*, 2006 ABQB 764 (sentencia canadiense de la Court of Queen’s Bench of Alberta)

una identidad en la causa de pedir y una identidad en entre las partes con independencia de que el pedimento en uno y otro sea distinto.

42. La doctrina opera extinguiendo todos los posibles derechos que dimanen de una misma causa de pedir por que se considera que la causa de pedir se ha integrado (*merged*) en la sentencia y ha dejado de existir. Por ello, resulta fundamental que la parte establezca de forma precisa los daños porque, si una vez dictada la sentencia ha sufrido daños adicionales, no tendrá derecho a reclamar salvo que acredite que dichos daños derivan de una causa de pedir distinta. La frase que coloquialmente se usa para describir los efectos de esta doctrina es *you can't have two bites of the cherry*.⁴³

Excepciones a la cosa juzgada derivado de la Doctrine of merger

43. Las excepciones que se pueden plantear con respecto a los efectos de la cosa juzgada derivado de la *Doctrine of merger*, son las mismas que para la *cause of action estoppel* (*ut supra* 32).

2. Efectos preclusivos en sentido amplio: *La Henderson rule*

44. Es importante destacar que, en el ordenamiento inglés, la relación entre la doctrina de la *res judicata* y la doctrina sobre el abuso del derecho –y por ende entre la figura que se analiza a continuación– es una cuestión compleja.

45. Impedir un goteo sucesivo de procesos forma parte de la *ratio* teleológica de la cosa juzgada si bien el sometimiento del demandado a sucesivos procesos también puede considerarse como un abuso de derecho. Por ello, en el ordenamiento inglés, hay numerosas ocasiones en las que los principios de ambas doctrinas se solapan cuando se aplican en la práctica. El principal motivo es porque el interés jurídico que protegen –el principio de seguridad jurídica– es similar.⁴⁴

46. La *Henderson rule* es un principio bien asentado en la jurisprudencia inglesa. Tiene su origen en la sentencia dictada en 1843 por la *English Court of Chancery* en el caso *Henderson v Henderson* que tuvo por ponente a SIR JAMES WIGRAM, quien sentó las bases de este principio. El párrafo de la sentencia sobre el que se asienta la *Henderson rule* establece lo siguiente:⁴⁵

The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time. [Énfasis añadido]

47. Es decir, la *Henderson rule* supone el deber procesal del litigante de exponer todos los argumentos y pretensiones que tenga frente al demandado en relación con unos mismos hechos, lo que denominan, presentar el caso en su totalidad (*the Court requires the parties to that litigation to bring forward*

⁴³ Por ejemplo, en materia indemnizatoria el principio establecido en la sentencia *Conquer v Boot* [1928] 2KB 336. La regla *Conquer v Boot* es un principio bien asentado en la jurisprudencia británica en virtud del cual los daños que se deriven de una misma causa de pedir deben quedar establecidos en un único proceso y que prohíbe a la demandante “parcelar” el daño para reclamarlos posteriormente de forma individual. La sentencia que da lugar a este principio da una explicación bastante gráfica: “*The cause of action here is; (1) the contract to complete in a good and workmanlike manner a bungalow and (2) the breach of it – I do not think that every breach of it – every particular brick or particular room that is faulty – gives rise to a separate cause of action.*” [Énfasis añadido]

⁴⁴ *Johnson v. Gore Wood & Co.* [2000] UKHL 65; [2001] 1 All ER 481; [2001] 2 WLR 72: ‘*The underlying public interest is the same: that there should be finality in litigation and that a party should not be twice vexed in the same matter. This public interest is reinforced by the current emphasis on efficiency and economy in the conduct of litigation, in the interests of the parties and the public as a whole.*’

⁴⁵ *Henderson v Henderson* (1843) 3 Hare 100, 67 ER 313.

their whole case). Por ello, SIR JAMES WIGRAM consideró⁴⁶ que el caso había quedado juzgado, incluidos los puntos que habiéndose podido traer al proceso no se trajeron (*therefore, the whole is settled*).

48. En definitiva, el JUEZ WIGRAM sentó las bases para la extensión de la cosa juzgada al “objeto virtual” al otorgar fuerza de cosa juzgada a cuestiones sobre las que realmente no había habido un pronunciamiento.⁴⁷

49. En sus orígenes, la *Henderson rule* era concebida como una manifestación particular de la doctrina de la *res judicata* y así fue expuesto en la propia sentencia que dio origen a la regla. Sin embargo, tras décadas de evolución e interpretación jurisprudencial, una parte significativa de la jurisprudencia inglesa se inclina por categorizar la *Henderson rule* como una defensa frente al abuso de derecho⁴⁸ más que como una manifestación de la doctrina de la *res judicata*.⁴⁹ Otro sector considera que el hecho de que la *Henderson rule* esté relacionado con el abuso de derecho no implica que no pueda formar parte de la doctrina de la *res judicata*.⁵⁰

50. A diferencia de la doctrina de la *res judicata*, la *Henderson rule* no tiene por objeto reabrir cuestiones que ya han sido decididas, sino impedir un goteo de procesos cuando todos ellos pueden razonablemente quedar resueltos en uno solo⁵¹ evitando someter al demandado a sucesivos procesos.⁵² Por tanto, la *Henderson rule* aplica cuando no hay una decisión sobre una determinada cuestión que produzca efectos de cosa juzgada.⁵³

51. El juicio sobre la aplicabilidad de la preclusión con base en la *Henderson rule* suele llevarse a cabo con cierta cautela porque, como afirmara la Cámara de los Lores en la sentencia antes citada, una cosa es denegar la posibilidad de reabrir una cuestión sobre la que ya se ha decidido, y otra distinta es denegar a la parte la posibilidad de someter a consideración –por primera vez– una cuestión sobre la que no ha habido un pronunciamiento.

52. La parte debe invocar y probar tan pronto como sea posible que el segundo proceso es abusivo. Sin embargo, es importante destacar que, según LORD AULD, el hecho de que una segunda acción pudo formar parte de un proceso anterior, no implica que el segundo proceso se considere automáticamente como abusivo.⁵⁴ En este caso, el matiz que se exige es que la cuestión concreta pudo y *debió*

⁴⁶ *Ibid.*: “Now, undoubtedly the whole of the case made by this bill might have been adjudicated upon the suit in Newfoundland, for it was of the very substance of the case there, and prima facie, therefore, the whole is settled.”

⁴⁷ En algunas ocasiones la *Henderson rule* se denomina como un principio de *res judicata* en sentido amplio: “The extended *res judicata* (*Henderson v. Henderson*, 3 Hare 100) is a separate rule which developed independently from, and in parallel with, the principles of cause of action estoppel and decided issue estoppel.” (Arnold v National Westminster Bank plc [1991] 2 AC 93).

⁴⁸ Es importante destacar que la doctrina del abuso de derecho en el ordenamiento inglés no se circunscribe únicamente a la *Henderson rule* si bien, por su extensión y complejidad, no entra dentro del objeto de este artículo.

⁴⁹ Johnson v. Gore Wood & Co. [2000] UKHL 65; [2001] 1 All ER 481; [2001] 2 WLR 72: “(...) that what is now taken to be the rule in *Henderson v. Henderson*, has diverged from the ruling which Wigram V.-C. made, which was addressed to *res judicata*. But *Henderson v. Henderson* abuse of process, as now understood, although separate and distinct from cause of action estoppel and issue estoppel, has much in common with them.” [Énfasis añadido]

⁵⁰ Virgin Atlantic Airways Limited v. Zodiac Seats UK Limited [2013] UKSC 46.

⁵¹ SIR THOMAS BINGHAM en la sentencia Barrow v Bankside Members Agency Ltd [1996] 1 All ER 981: “The rule is not based on the doctrine of *res judicata* in a narrow sense, nor even on any strict doctrine of issue or cause of action estoppel. It is a rule of public policy based on the desirability, in the general interest as well as that of the parties themselves, that litigation should not drag on for ever and that a defendant should not be oppressed by successive suits when one would do. That is the abuse at which the rule is directed.” [Énfasis añadido]

⁵² Caso Yat Tung: “But there is a wider sense in which the doctrine may be appealed to, so that it becomes an abuse of process to raise in subsequent proceedings matters which could and therefore should have been litigated in earlier proceedings.” (Visto en Johnson v. Gore Wood & Co. [2000] UKHL 65; [2001] 1 All ER 481; [2001] 2 WLR 72).

⁵³ Bradford & Bingley Building Society v. Seddon [1999] 1 WLR 1482: “In my judgment, it is important to distinguish clearly between *res judicata* and *abuse of process not qualifying as res judicata* (...) Thus, *abuse of process may arise where there has been no earlier decision capable of amounting to res judicata* (either or both because the parties or the issues are different).” [Énfasis añadido]

⁵⁴ LORD AULD en Bradford & Bingley Building Society v. Seddon [1999] 1 WLR 1482.

(*could and should*) ser traída al proceso anterior. Es decir, el hecho de que la cuestión pudo ser traída anteriormente es condición necesaria pero no suficiente en tanto que debe analizarse si, conforme a las circunstancias concretas, debió ser traída (*the “should” element of the cause of action*).⁵⁵

53. A diferencia de los *estoppel by record* en donde hay elementos para objetivar el juicio sobre si aplica o no la preclusión, para valorar si un segundo procedimiento⁵⁶ es o no abusivo debe haber una valoración general de las circunstancias (*broad, merits based approach*). Es decir, se debe de examinar las circunstancias por las que las pretensiones del segundo proceso no fueron traídas al primero.⁵⁷ Para impedir un nuevo procedimiento, entre el objeto de uno y otro debe existir una conexión tal que justifique que las pretensiones del primer proceso pudieron y *debieron*⁵⁸ haberse traído al segundo.

54. La legislación procesal inglesa, en su Regla 3.4 del *Civil Procedural Rules*, atribuye al juez potestad discrecional de inadmitir la demanda si considera que el procedimiento constituye un abuso de derecho/proceso. Es importante destacar que esta doctrina, al tener un ámbito amplio, puede invocarse incluso frente a un tercero que no fue parte del procedimiento original.

III. *Res judicata* en el Derecho español

1. Cosa Juzgada

55. GUASP elevaba la cosa juzgada a la categoría de dogma fundamental del derecho procesal.⁵⁹ La importancia de esta institución se explica por los principios que salvaguarda como es el principio de seguridad jurídica⁶⁰ consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española que a su vez participa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1. El principio de seguridad jurídica –como fundamento de la cosa juzgada– tiene una dimensión público-privada.

56. La proyección pública se deduce de la inmutabilidad de la resolución que tiene su encaje en la máxima *interest reipublicae ut sit finis litum*, porque como afirma el Tribunal Supremo, la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso.⁶¹ La proyección privada de la cosa juzgada se manifiesta a su vez en dos sentidos. Por un lado, la vinculación negativa o excluyente tiene su encaje en la máxima *ne bis in idem*, en virtud del cual –a través de los efectos preclusivos de la cosa juzgada– se impide que una parte se vea sometido a distintos y sucesivos procesos por unos mismos hechos. Por otro, la vinculación positiva o prejudicial que tiene su fundamento en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de lo que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE.⁶²

57. Por tanto, para decidir si opera o la cosa juzgada es necesario comparar el primer proceso –o ciertos elementos– con el objeto del segundo. Al igual que en Derecho inglés, los elementos que

⁵⁵ JUSTICE MANN en *Arkady Gaydamak v Lev Leviev* [2014] EWHC 1167 (Ch).

⁵⁶ Debe darse siempre en un segundo proceso. En *Ruttle Plant Hire Ltd v The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2007] se afirmó que la *mutatio libelli*, no queda amparada por la *Henderson rule*: “*So far as I see, the Henderson rule has never been invoked as a ground for opposing amendment in the original action.*” [Énfasis añadido] En Derecho inglés, las normas de procedimiento civil establecen que el juez –de forma discrecional conforme a una serie de principios– podrá admitir o no la novación de las alegaciones.

⁵⁷ *Johnson v. Gore Wood & Co.* [2000] UKHL 65; [2001] 1 All ER 481; [2001] 2 WLR 72.

⁵⁸ *Greenhalgh v Mallard* [1943] 2 All ER 234: “*Res judicata* for this purpose is not confined to the issues which the court has actually being asked to decide but covers issues or facts which are so clearly part of the subject matter of the litigation, so clearly could have been raised that it would be an abuse of process.”

⁵⁹ J. GUASP DELGADO, “Los límites temporales de la cosa juzgada.”, *Anuario de derecho civil*, Vol.1, Nº2, 1948, pp.435-472 (p.438).

⁶⁰ STS 863/2003, de 24 de septiembre de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5708) (MAGISTRADO PONENTE PEDRO GONZÁLEZ POVEDA).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² STC 192/2009, de 28 de septiembre de 2009 (ECLI: ES:TC:2009:192).

identifican un determinado proceso son: (i) la causa de pedir, (ii) el objeto –y en concreto aquello que se pide– (*petitum*) y (iii) los sujetos.

i. Causa de pedir

58. La causa de pedir es el fundamento –y presupuesto/s– de la acción. Es decir, son aquellos presupuestos jurídico-materiales que otorgan a un sujeto el derecho a intentar obtener una determinada tutela jurisdiccional. A su vez, hay dos tipos de elementos que configuran el fundamento de la causa de pedir; elementos fácticos y jurídicos.

59. Hay un sector de la doctrina que, a la hora de identificar el objeto del proceso desde la óptica de la causa de pedir, considera más relevantes los elementos jurídicos. Son los partidarios de la *teoría de la individualización* quienes identifican el objeto con el título jurídico. En este sentido, el MAGISTRADO XIOL RÍOS exponía que “[P]or ello, la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado.”⁶³ En contraposición, están aquellos que consideran que lo relevante es el elemento fáctico, es decir, los hechos en los que se basa una determinada pretensión. Estos segundos son los partidarios de la *teoría de la sustanciación*.⁶⁴ La distinción no es meramente teórica pues las consecuencias de seguir una u otra pueden llevar a soluciones distintas. Como acertadamente afirma DE LA OLIVA, “[L]a virtualidad de las dos teorías es, pues, relativa. Sólo son útiles y certeras según el tipo de problemas que hayan de afrontarse, de los diversos relacionados con el objeto del proceso.”⁶⁵

ii. Objeto

60. Como se ha expuesto, para tener derecho de acción es necesario que concurran una serie de presupuestos fácticos y jurídicos, los cuales permiten a la parte solicitar una determinada tutela. El objeto del proceso, entendido como la cuestión litigiosa o *thema decidendi*, se delimita a través de la pretensión o *petitum*. El *petitum* es la concreción de las consecuencias jurídicas que el sujeto, a través de la acción, solicita que la jurisdicción atribuya a esos presupuestos (ej. que se resuelva el contrato). Es decir, es aquello que el demandante –o el demandado reconviniendo– pretende lograr con la acción.

61. Puede advertirse que, en el ordenamiento español, las pretensiones son un elemento de gran importancia a la hora de identificar el objeto del proceso. Tanto es así que la propia LEC establece que *la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención*. Asimismo, la falta de claridad en la determinación de las pretensiones puede –en última instancia– dar lugar al sobreseimiento del pleito.⁶⁶

⁶³ En este sentido, resultan ilustrativos los casos que el magistrado D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS ponía como ejemplo en la STS 873/2010, de 30 de diciembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:7566): “Así, no se ha apreciado la cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitan acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas (v.g., la STS de 30 de enero de 2007, RC n.º 1147/2000, no aprecia cosa juzgada entre un proceso por edificación de buena fe en terreno ajeno por el que se demanda la propiedad del terreno y un proceso posterior en que se demanda indemnización por el valor de lo edificado (...)) Por el contrario, sí se apreció la cosa juzgada en la STS 30 de julio de 1996, RC n.º 3523/1992, en la que se contemplaba un supuesto en el que se alegaban vicios o defectos de construcción existentes cuando se entabló el primer juicio, que eran conocidos de la actora, partiendo de la sustancial identidad entre las acciones de indemnización por defectos de la construcción ejercitadas en ambos procesos (...).”

⁶⁴ Para un análisis más en profundidad, se remite al lector a A. DE LA OLIVA, “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil.”, Editorial Civitas, 2005, pp.52-59.

⁶⁵ A. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, J. VEGAS TORRES *et al*, “Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General.”, Editorial Ramón Areces (3ª Edición), 2016, pág.363.

⁶⁶ Artículo 424 de la LEC.

iii. Sujetos

62. El principio general, denominado por DE LA OLIVA como la regla áurea,⁶⁷ es que la cosa juzgada sólo vincula a las partes del procedimiento original⁶⁸ en tanto que nadie puede ser condenado sin haber tenido la oportunidad de ser oído (*nemo debet inaudito damnari*). En este sentido, afirma la Exposición de Motivos de la LEC que, “salvo excepciones muy justificadas, se reafirme la exigencia de la identidad de las partes como presupuesto de la específica eficacia en que la cosa juzgada consiste.”

63. La aplicabilidad subjetiva de la cosa juzgada es una cuestión ciertamente compleja y en especial, la extensión de la cosa juzgada a terceros que no fueron parte del proceso original.⁶⁹ En primer lugar, por la tensión que se da entre el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva. En segundo lugar, por las numerosas situaciones que pueden darse en la práctica.

64. En principio, un tercero no puede ser aprovechado ni puede ser perjudicado por aquello que se ha adjudicado entre dos partes (*res inter alios iudicata, aliis nec prodesse, nec nocere potest*) en virtud del principio de relatividad de la cosa juzgada (*res iudicata inter alios*).

65. Para salvaguardar el principio de audiencia y contradicción de los sujetos que pueden verse afectados de forma directa por la sentencia, debemos mencionar brevemente la figura del litisconsorcio. En Derecho español, la figura del litisconsorcio pasivo necesario fuerza a que todos aquellos que puedan verse perjudicados por una sentencia de forma directa sean llamados a juicio. Esta institución procesal “persigue evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial, y con los consiguientes efectos de cosa juzgada, a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y, al mismo tiempo, eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto”⁷⁰ [Énfasis añadido]

66. El litisconsorcio pasivo necesario se divide a su vez en litisconsorcio pasivo necesario *proprio e impropio*. El primero se da cuando al sujeto le puede afectar de forma directa la sentencia mientras, en el segundo, se da una “*situación de inescindibilidad de la relación o situación jurídica litigiosa*”⁷¹

67. Por ello, hay casos en los que la ley impide la válida constitución del proceso (lo que la jurisprudencia denomina como la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal) y otros casos excepcionales en los que, debido a las relaciones entre determinados sujetos que pudiendo actuar como partes no actuaron, está justificado la quiebra del principio general de relatividad.⁷²

Eficacia de la sentencia ultra partes

68. A parte de las arriba mencionadas, hay situaciones en la que terceros que no fueron ni pudieron ser partes del proceso, pueden verse relacionados de modo indirecto o reflejo por la sentencia que se pronuncie porque como afirma GRANDE SEARA, la condición de tercero no implica que éste sea ajeno a los efectos del proceso.⁷³

⁶⁷ A. DE LA OLIVA, “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil.”, Editorial Civitas, 2005, p.182, para.166.

⁶⁸ Realmente lo que se exige no es una identidad física de sujetos, sino que la conexión entre las partes se funde en una legitimación idéntica a la del primer proceso. Es decir, la cosa juzgada alcanza a aquellos sujetos cuando sean “*titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes*” Ex.art.222.3 in fine de LEC (ej. el cesionario de un contrato litigioso). Entre la doctrina, J. GUASP DELGADO, “Los límites temporales de la cosa juzgada”, Anuario de derecho civil, Vol.1, N°2, 1948, pp.435-472 (p.443).

⁶⁹ Para un análisis exhaustivo, se remite al lector a P. GRANDE SEARA, “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil”, Tirant lo Blanch (Monografía N° 591), 2009.

⁷⁰ STS 903/2000, de 10 de octubre de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:7251).

⁷¹ STS 1038/2008, de 14 de noviembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:6275).

⁷² Este es el caso en materia de impugnación de acuerdos societarios.

⁷³ P. GRANDE SEARA, “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil.”, Tirant lo Blanch (Monografía N° 591), 2009.

69. En este sentido, es importante comenzar por distinguir los efectos de la sentencia como acto *jurídico* y los efectos de la sentencia como *hecho jurídico*. El primero de los casos es la expresión de la voluntad del acto jurisdiccional. La sentencia como acto produce los denominados *efectos directos* (*eficacia directa de las sentencias*) que se proyectan –salvo en casos muy excepcionales– sobre los sujetos que fueron parte del proceso.

70. La sentencia como *hecho jurídico* despliega una serie de *efectos indirectos o reflejos* (*eficacia refleja* de la sentencia, denominada así por no ser queridos ni previstos por la resolución) sobre un tercero que no fue parte del proceso original. Como resume ROSENDE VILLAR, los efectos indirectos o reflejos, “no se pueden atribuir directamente a la declaración de voluntad en que consiste la sentencia, pues están fuera del objeto de la misma, su causa inmediata debe hallarse en una circunstancia diversa, esto es, en la ley o en la conexión de las situaciones jurídicas.”⁷⁴

71. Es una figura conceptualmente similar a la cosa juzgada material en sentido positivo pero distinta en tanto que, por el momento, el ordenamiento español circunscribe la vinculación positiva o prejudicial cuando las partes en el proceso posterior son las mismas que en proceso originario.

72. En resumen, el principio general supone que la cosa juzgada opera entre las partes. Sin embargo, en Derecho español –al igual que en Derecho inglés–, puede hacerse valer frente a terceros que no fueron parte del procedimiento original en determinadas circunstancias.

A) Cosa juzgada formal

73. La cosa juzgada formal es el efecto que produce la firmeza de la sentencia bien porque contra la misma no cabe recurso o bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo para interponerlo.⁷⁵

74. El efecto que despliega la cosa juzgada formal es la intangibilidad, es decir, que la sentencia deviene procesalmente inatacable. Los efectos se proyectan dentro del propio proceso con respecto a las partes pues impide que éstas continúen litigando la misma cuestión de manera indefinida y con respecto del Juez o Tribunal, en tanto que le impide modificar o alterar lo ya resuelto.⁷⁶ A diferencia de la cosa juzgada material, son susceptibles de desplegar efectos de cosa juzgada formal los tres tipos de resoluciones judiciales civiles,⁷⁷ esto es, providencias, autos y sentencias.

75. Con base en los efectos de la cosa juzgada formal, un sector doctrinal considera que los efectos de la firmeza tienen una naturaleza distinta y, por tanto, una entidad propia con respecto a los efectos de la cosa juzgada. En este sentido, afirma MONTERO AROCA que “si los fenómenos son diferentes deberían utilizarse palabras distintas para designarlos y por ello preferimos hablar en un caso de firmeza y en otro de cosa juzgada sin más.”⁷⁸

76. En general,⁷⁹ un cambio interpretativo en la doctrina jurisprudencial tampoco permite desvirtuar la firmeza. El Tribunal Supremo ha manifestado recientemente que “[N]uestro ordenamiento jurídico preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia, adoptadas

⁷⁴ C. ROSENDE VILLAR, “Efectos directos y reflejos de la sentencia.”, Revista Chilena de Derecho, Vol.28, N°3, Sección Estudios, 2001, pp.489-507, p.494.

⁷⁵ Artículo 207.2 de la LEC.

⁷⁶ S. CALAZA LÓPEZ, “La cosa juzgada en el proceso civil y penal”, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 24, 2004 (UNED), pg. 135.

⁷⁷ Artículo 206 de la LEC.

⁷⁸ J. MONTERO AROCA, La cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial, Derecho Privado y Constitución, núm.8, 1996, p.260. En contraposición, A. DE LA OLIVA, “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil.”, Editorial Civitas, 2005, Pp. 95-103.

⁷⁹ La LEC prevé un caso excepcional en el ámbito comunitario recogido en el apartado 2 del artículo 510 y en el artículo 5 bis de la LOPJ.

por propia iniciativa del Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina sentada en las resoluciones del Tribunal Constitucional” y por ello, nuestro “ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia.”⁸⁰

77. Como bien afirma DE LA OLIVA, “la sentencia injusta o errónea es posible, pero la seguridad y la paz jurídicas exigen la vinculación ya referida. Esa exigencia de paz y seguridad jurídicas –y la consecuente fijeza y eficacia de las decisiones judiciales– es tan fuerte que se está dispuesto a pagar el precio de posibles errores e injusticias (...)”⁸¹. En términos idénticos se pronuncia la alta jurisprudencia inglesa al afirmar que “[O]f course, I do not deny that cases of individual hardship may arise. And there may be a current of opinion in the profession that such a such judgement was erroneous. But what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions.”⁸²

Excepciones a la cosa juzgada formal

78. Hay casos excepcionales en los que la ley permite reabrir cuestiones sobre las que ya habido un pronunciamiento previo y que en principio eran intangibles. Por ello, son situaciones en las que el Legislador considera que el principio de justicia material en un determinado caso se impone a los efectos de la cosa juzgada formal y puede quebrar –de forma justificada– el principio de seguridad jurídica. Estos dos tipos de recursos vienen recogidos en los Títulos V y VI del Libro II de la LEC y son: (i) la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde (ex. art. 501 de la LEC) y la revisión de sentencias firmes (art. 510 de la LEC).

79. En el primero de los casos, la Ley establece que los demandados que hayan permanecido en rebeldía *involuntaria*, podrán solicitar la rescisión de la sentencia⁸³ cuando haya concurrido alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando, aun conociendo la existencia del juicio a través de la correspondiente citación o emplazamiento, el demandado no pudo comparecer por causas de fuerza mayor *interrumpida*, (ii) por desconocimiento de la demanda o pleito cuando, pese haber sido citado o emplazado por cédula, ésta no hubiese llegado al poder del demandado por causa que no le sea imputable, o (iii) por desconocimiento de la demanda o pleito cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado.

80. En el segundo caso –la revisión de sentencias firmes–, la Ley consiente la quiebra del principio de seguridad jurídica cuando concurren una serie de motivos relacionados con las pruebas en las que se basó la sentencia. Estos motivos son: (i) cuando se recobraren u obtuvieren documentos decisivos,⁸⁴ de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado, (ii) si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente, (iii) si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia o (iv) si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

⁸⁰ ATS 7/2017, de 4 de abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2684).

⁸¹ A. DE LA OLIVA, “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil.”, Editorial Civitas, 2005, p.116, para. 117.

⁸² LORD HALSBURY en la sentencia *London Tramways Co v London County Council* [1898].

⁸³ Artículo 501 de la LEC. 72. Es importante descartar que la propia ley excluye la posibilidad de la rescisión de sentencia a aquellas resoluciones que no produzcan efectos de cosa juzgada cuando establece que “No procederá la rescisión de las sentencias firmes que, por disposición legal, carezcan de efectos de cosa juzgada.” (artículo 510 de la LEC)

⁸⁴ En este sentido, es importante destacar que no cualquier documento nuevo después de pronunciada la sentencia legitima al demandado para interponer una acción de revisión, sino que la Ley hace referencia a *documentos decisivos* o aquellas pruebas *sirvieron de fundamento* de la sentencia. Por ello, corresponderá a la parte que pretenda la revisión de la sentencia probar *prima facie* la trascendencia de los mismos.

B) Cosa juzgada material

81. La cosa juzgada material, es el *vínculo de naturaleza jurídico-pública*⁸⁵ que producen las sentencias firmes sobre la relación material del proceso. Es decir, comprende las sentencias –o resoluciones equivalentes– en donde haya habido un pronunciamiento sobre el fondo.⁸⁶

82. A diferencia de la cosa juzgada formal, los efectos de la cosa juzgada material sólo se predica de las sentencias –y resoluciones equivalentes como el laudo arbitral–.⁸⁷ Además, no todas las sentencias producen efectos de cosa juzgada material ya que en general, la denegación de los efectos de la cosa juzgada material se establece *ex lege* en aquellos procesos en los que el debate jurídico está de algún modo limitado.⁸⁸

83. En contraposición con la cosa juzgada formal, la cosa juzgada material proyecta sus efectos en un proceso distinto y posterior. Por ello, la cosa juzgada formal constituye el antecedente necesario para que la cosa juzgada material pueda desplegar sus efectos en la medida en que, si la sentencia no es firme, las decisiones sobre el objeto del proceso serán provisionales (litispendencia).⁸⁹ Así, la cosa juzgada material despliega sus efectos en dos sentidos, el efecto negativo (o excluyente) y el efecto positivo (o prejudicial).

a) Efecto negativo o excluyente

84. El efecto negativo tiene su base en la máxima *non bis in idem*⁹⁰ y supone la preclusión que impide a las partes plantear el mismo problema de forma indefinida. Es decir, tiene por objeto impedir el acceso al proceso. Para ello, es necesario que se cumpla el denominado “test de triple identidad”: (i) identidad de sujetos (*eadem personae*), (ii) objeto (*eadem res*),⁹¹ y (iii) causa de pedir (*eadem causa petendi*).⁹²

85. En cuanto a lo resuelto con fuerza de cosa juzgada, en principio *alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción* que son las que definen el objeto del proceso. Lo anterior constituye lo que en la doctrina española se denomina el “objeto real” o “actual” del proceso.⁹³ Sin embargo, en determinadas situaciones el Derecho español contempla la posibilidad de extender los efectos de la cosa juzgada a cuestiones que no fueron traídos al primer proceso.

86. En cuanto a su tratamiento procesal, el efecto negativo puede apreciarse de oficio por ser una cuestión de orden público⁹⁴ si bien las partes tienen el deber procesal de poner de manifiesto la existencia de la excepción de cosa juzgada en su escrito de demanda y, en su caso, de reconvencción.

⁸⁵ STS 230/2010, de 20 de abril de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:1925).

⁸⁶ STS 561/2010, de 13 de septiembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5810).

⁸⁷ Artículo 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: “El laudo produce efectos de cosa juzgada (...)”

⁸⁸ El artículo 447.2 *et seq* de la LEC establece aquellos supuestos que no disfrutaran de los efectos de cosa juzgada. En general son situaciones en donde el debate jurídico se encuentra limitado como por ejemplo las sentencias recaídas en los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, los juicios verbales en donde se decida sobre la pretensión de desahucio, juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito o las sentencias con respecto a las tercerías de dominio, entre otras.

⁸⁹ S. CALAZA LÓPEZ, “La cobertura actual de la cosa juzgada”, RJUAM, nº 20, 2009-II, pp.69

⁹⁰ Por todas, STS 450/2006, de 8 de mayo de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:2867).

⁹¹ Artículo 222.1 de la LEC: “La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.” [Énfasis añadido]

⁹² Artículo 222.1 de la LEC: “La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción (...)” En este sentido, el MAGISTRADO JUAN ANTONIO XIOL RÍOS en la STS 873/2010, de 30 de diciembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:7566) expuso que “La identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre, RC nº. 5781/2000). (...) Así, no se ha apreciado la cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejerciten acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas.”

⁹³ S. CALAZA LÓPEZ, “La cobertura actual de la cosa juzgada.”, RJUAM, nº 20, 2009-II, pp.68

⁹⁴ STS 230/2010, de 20 de abril de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:1925): “la apreciación de la cosa juzgada material es una cuestión de orden público procesal como pone de manifiesto, entre otras, la sentencia de esta Sala de 25 de abril 2001 (Rec. Casación núm. 819/1996) al decir que ha de estimarse de oficio (...)” [Énfasis añadido]

87. El tribunal deberá ventilar la excepción en la audiencia previa al ser una de las posibles causas que impida la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Por ello, en caso de que el tribunal lo aprecie conforme a los apartados 2 y 3 del art. 222 de la LEC, deberá de dictar auto de sobreseimiento.

b) Efecto positivo o prejudicial

88. El efecto positivo o prejudicial supone que un juez –en un proceso posterior– no pueda resolver de forma distinta un punto litigioso que ya fue decidido en un proceso anterior. Es decir, constituyen un medio de prueba de los hechos valorados en un proceso posterior y como afirma DAMIÁN MORENO, “[E]l efecto positivo de la cosa juzgada no impide la existencia de un proceso posterior, simplemente lo condiciona.”

89. A diferencia del efecto negativo, para que pueda apreciarse el efecto positivo, únicamente se exige la identidad subjetiva.⁹⁵ La causa de pedir debe ser distinta en tanto que es el presupuesto para que pueda darse un segundo proceso. Tampoco se exige la identidad de objeto (en cuyo caso sería aplicable el efecto negativo), sino que los objetos de ambos deben guardar cierta conexidad o entre ellos debe de haber una relación de dependencia.

90. Uno de los problemas que en la práctica suele plantear el efecto positivo es su alcance. Es decir, qué cuestiones de las tratadas en un determinado proceso vinculan al juez del proceso posterior. El efecto positivo se extiende a la parte dispositiva del fallo y también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria.⁹⁶ Por tanto, para determinar si el efecto se extiende a una determinada cuestión, debe establecerse si el pronunciamiento sobre dicha cuestión es *obiter dicta* (en cuyo caso queda excluido) o si forma parte de la *ratio decidendi*. En cuanto a su tratamiento procesal, el demandante y el demandado-reconvenido deben alegarlo en su escrito de demanda y reconvenición.⁹⁷

2. La Preclusión de la Alegación de Hechos y Fundamentos Jurídicos

91. La preclusión es, en términos generales, la pérdida de la oportunidad o de la facultad de ejercitar un poder jurídico-procesal.⁹⁸ La preclusión puede acaecer por varios motivos, entre otros:⁹⁹ (i) por el transcurso del plazo procesal para realizar un determinado acto, por el fin de una etapa procesal o por el propio ejercicio de un poder procesal, (ii) al realizar un acto que resultaría incompatible con aquel que precluye (en Derecho inglés existe una figura similar denominada *waiver by election*) y (iii) la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos del artículo 400 de la LEC.

92. A continuación, se analizará únicamente esta última forma de preclusión. La Exposición de Motivos de la LEC establece que “[E]n cuanto a otros elementos [a parte de la identidad de sujetos], dispone la Ley que la cosa juzgada opere haciendo efectiva la antes referida regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos.

93. DE LA OLIVA afirma que “es de suma importancia advertir que los problemas y cuestiones que ponen de manifiesto la relatividad y, por tanto, la insuficiencia de cualquiera de las dos teorías [haciendo referencia a las teorías sobre el elemento decisivo de la causa de pedir] surgen a consecuencia de que se planteen, en un proceso distinto, unos hechos o unos títulos o fundamentos jurídicos distintos de los

⁹⁵ STS 117/2015, de 5 de marzo de 2015 (ECLI: ES:Ts:2015:685).

⁹⁶ Por todas, STS 798/2013, de 30 de diciembre de 2013 (ECLI: ES:Ts:2013:6494): “la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria.”

⁹⁷ Artículos 405.3 y 407.2 de la LEC.

⁹⁸ E. VALLINES GARCÍA, “La preclusión en el proceso civil.”, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

⁹⁹ P. GRANDE SEARA, “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil”, Editorial Tirant lo Blanch (Monografía Nº 591), 2009.

alegados en un proceso anterior, como fundamento de la petición de la misma tutela.” y concluye que “[S]i tal posibilidad estuviese cerrada, esos problemas y cuestiones serían sencillamente implantables. Pues bien: esa posibilidad se cierra hoy por el art.401.1 de la LEC.”¹⁰⁰

94. Como apuntábamos, la preclusión de alegaciones y fundamentos de derechos viene recogido en el artículo 400.1 de la LEC en donde se establece que “[C]uando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.” Es decir, las partes deben alegar aquello que siendo conocido podía *–objetiva y casualmente–*¹⁰¹ haberse traído al proceso.

95. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016¹⁰² puede encontrarse un resumen sobre la interpretación jurisprudencial mayoritaria con respecto al alcance de la preclusión de hechos y fundamentos:

(...) la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles “causas de pedir” con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula. [Énfasis añadido]

96. Esta posición sostiene que la preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos *no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación con unos mismos hechos tenga contra el demandado*.¹⁰³ En definitiva, según esta interpretación, la Ley no establece que las distintas acciones que se deriven de una misma causa de pedir deban ejercitarse en concurso. Asimismo, y de forma similar a lo previsto en derecho inglés, nuestra jurisprudencia exige que *para que entre en juego la regla preclusiva del art. 400 LEC no es imprescindible que las pretensiones formuladas en una y otra demanda sean idénticas, pero sí es necesario que exista homogeneidad entre ellas (ut supra 53)*.¹⁰⁴

97. Sin embargo, hay quien entiende que esta institución está íntimamente ligada con el principio de la buena fe o con la figura del abuso de derecho (como proscripción de la mala fe):¹⁰⁵

“El mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado y requiere el rechazo de los Tribunales según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), toda vez que constituye evidente fraude procesal.” [Énfasis añadido]

98. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun cuando no ha sido la postura mayoritaria, en alguna ocasión ha llegado a caracterizar la conducta anterior como constitutiva de *fraude procesal*. Esta postura menos dogmática en cuanto a los requisitos preclusivos guarda mayor similitud con la concepción inglesa en donde el juicio sobre si una acción posterior puede considerarse abusiva (más

¹⁰⁰ A. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, J. VEGAS TORRES *et al*, “Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General.”, Editorial Ramón Areces (3ª Edición), 2016, pág.363.

¹⁰¹ STS 530/1998, de 6 de junio de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:3709).

¹⁰² STS 515/2016, de 21 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3634).

¹⁰³ STS 671/2014, de 19 de noviembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4840). Otro ejemplo lo encontramos en juicio cambiario en donde el artículo 827 de la LEC establece que “La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente.”

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ STS 530/1998, de 6 de junio de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:3709) citando la STS 693/1996, de 30 de julio de 1996 (ECLI: ES:TS:1996:4724).

allá de la concurrencia exacta del triple test), resulta de gran importancia a la hora admitir o inadmitir la segunda acción.

III. Comparación y conclusiones

99. Como se ha expuesto a lo largo del análisis, la protección que ofrecen los mecanismos preclusivos en ambos ordenamientos es –en términos generales– similares. Lo anterior puede deberse en gran medida a que los principios que subyacen tienen un origen común como son las máximas latinas *ne bis in ídem e interest reipublicae ut sit finis litum*. Sin embargo, hay ciertas diferencias que merecen una mención especial y que son relevantes a la hora de delimitar el alcance de la protección que ofrecen. A continuación, se expone una comparativa sobre la aplicabilidad subjetiva de los mecanismos preclusivos (tanto a las partes como a un tercero) y la aplicabilidad con respecto al objeto (real y virtual) del proceso.

1. Comparación Sobre la Aplicabilidad Subjetiva

100. Los elementos que se deben valorar para analizar si un proceso o una determinada cuestión ha adquirido fuerza de cosa juzgada, son los mismos en ambos ordenamientos (identidad de sujetos, objeto y causa). Sin embargo, hay algunas diferencias a la hora de valorar cuándo se entiende que se cumple dicha identidad.

101. En cuanto a la identidad de sujetos, el Derecho inglés sigue unos criterios más flexibles por el desarrollo de la doctrina del *privity*. Como se ha expuesto *ut supra* 22, dos de los criterios para considerar si un tercero está en *privity* (con la consiguiente posibilidad de extender la preclusión) son una valoración sobre los intereses que tiene el tercero con respecto al objeto del procedimiento anterior y una valoración general sobre hasta qué punto es justo que el tercero quede vinculado por la resolución en el primer procedimiento.

102. Es una aproximación menos dogmática y más práctica que en Derecho español. En España, se sigue un criterio más restringido porque aun cuando no se exige una identidad física, la cosa juzgada sólo puede alcanzar a los titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes. El mayor pragmatismo de la regulación inglesa permite ofrecer una mayor protección tanto al demandante como al demandado y en especial, cuando en un determinado negocio jurídico concurren una pluralidad de intereses más allá del de las partes (como suele ocurrir en la mayoría de relaciones mercantiles de cierta entidad).

2. Comparación sobre la aplicabilidad objetiva

103. Ambos ordenamientos impiden la repetición de un mismo proceso. En Derecho inglés mediante el *cause of action estoppel* y en Derecho español mediante la cosa juzgada formal (como antecedente necesario para que la cosa juzgada material en sentido negativo despliegue sus efectos).

104. Los requisitos para su aplicación son los mismos: identidad de sujetos, objeto y causa y, como hemos expuesto anteriormente, en Derecho inglés existe una regla que además impide reclamar daños adicionales cuando los presupuestos sean los mismos aun cuando las pretensiones sean distintas.

105. En cuanto a los efectos de la cosa juzgada con respecto a una determinada cuestión, ambos ordenamientos otorgan un tratamiento similar. El ordenamiento inglés a través del *issue estoppel* y en el español mediante los efectos positivos de la cosa juzgada material. En ambos casos se exige que sea una cuestión sobre la que haya habido un debate procesal puesto que en Derecho inglés se exige que dicha cuestión sea un elemento esencial de la causa de pedir y en España se exige que la cuestión concreta forme parte de la *ratio decidendi*. Además, en ambos casos opera en cierta medida como una regla de

evidencia procesal que impide a las partes contradecir lo que ya ha sido resuelto. Es decir, tanto en España como en Inglaterra, aquellas cuestiones particulares que formen parte esencial de un procedimiento anterior y sobre las que haya habido un pronunciamiento vinculan en un procedimiento posterior.

106. Con respecto a la extensión de la cosa juzgada al objeto virtual del proceso (cuestiones que pudieron y debieron traerse al proceso en Inglaterra y la preclusión en la alegación de hechos y de derechos en España) hay diferencias sustanciales en cuanto a su aplicación. Con respecto a la causa de pedir (presupuestos fácticos y jurídicos) y al objeto (delimitado a través de las pretensiones), el ordenamiento inglés también ha adoptado una postura menos rígida como se ha expuesto a lo largo del análisis y en particular, si se compara la aplicabilidad de la *Henderson rule* con el artículo 400 de la LEC. Según la postura mayoritaria en España, no se exige que todas las pretensiones que dimanen de unos mismos hechos deban ser ejercitadas en concurso y la cosa juzgada únicamente se extiende a los hechos y fundamentos *de la concreta pretensión que formula*.

107. Por el contrario, en Inglaterra la *Henderson rule* exige traer al proceso todos los pedimentos que se derivan de unos mismos hechos puesto que en caso contrario, la segunda acción puede llegar a considerarse abusiva. Asimismo, la *doctrine of merger* opera extinguiendo la causa de pedir y, por tanto, también exige que el demandante ejercite en concurso los distintos pedimentos que tenga contra el demandado con respecto a unos mismos hechos. La aproximación inglesa parece más efectiva a la hora de impedir un goteo sucesivo de procesos y evitar someter al demandado a un estado de litigación permanente en tanto que deben darse circunstancias excepcionales para evitar que las distintas acciones derivadas de una misma causa de pedir –que no fueron y debieron ser traídas al proceso– no se consideren precluidas.

108. Bajo Derecho inglés, la cobertura es mayor en la medida en que no basta una mera modificación de alguno de los elementos del proceso para interponer una nueva acción con respecto a unos mismos hechos y, por tanto, ofrece una mayor protección frente a la parte que usa el proceso de forma abusiva. Por el contrario, en España el criterio mayoritario entiende que “para la alteración de la *causa petendi* se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior el motivo legal de la acción sea distinto”.¹⁰⁶

109. Además, esta mayor protección no se hace a costa de mermar el derecho de acceso al proceso del demandante cuando verdaderamente concorra justa causa. Las reglas de la cosa juzgada en Derecho inglés –al igual que en el ordenamiento español–, establece que no se hace extensible a aquellos hechos que no eran conocidos o no podían conocerse al tiempo de interponerse la acción. Por tanto, a la vez que ofrece una mayor protección para el demandado, también impide que se den situaciones manifiestamente injustas para el demandante de buena fe.

110. Como se ha expuesto a lo largo de este estudio, el ordenamiento inglés –a través de distintas doctrinas, principios y reglas– dota al juez de una mayor flexibilidad a la hora de valorar e impedir determinadas conductas que, aun pudiendo considerarse abusivas o injustas, pueden no responder de forma exacta a los criterios *eadem personae*, *eadem res* y *eadem causa petendi*. En definitiva, una mayor flexibilidad derivada de un mayor margen valorativo, permite ofrecer una respuesta más efectiva en cada caso concreto y en particular, a situaciones complejas tan habituales dentro del tráfico jurídico.

¹⁰⁶ STS 863/2003, de 24 de septiembre de 2003 (ECLI: ES:Ts:2003:5708) (MAGISTRADO PONENTE PEDRO GONZÁLEZ POVEDA) citando la STS 253/1984, de 10 de febrero de 1984 (ECLI: ES:Ts:1984:253).

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CASO DE LOS HIJOS NACIDOS EN ESPAÑA DE MADRES QUE NO TRANSMITEN SU NACIONALIDAD POR APLICACIÓN DEL DERECHO ISLÁMICO. EN PARTICULAR, LA REFORMA DEL DERECHO MARROQUÍ

THE SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD IN THE CASE OF CHILDREN BORN IN SPAIN OF MOTHERS WHO DO NOT TRANSMIT HER NATIONALITY BY APPLYING THE ISLAMIC LAW. IN PARTICULAR, THE REFORM OF MOROCCAN LAW

ISABEL ZURITA MARTÍN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Recibido: 24.10.2017 / Aceptado: 10.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4132>

Resumen: La imposibilidad de la mujer de transmitir la nacionalidad a sus hijos en algunos ordenamientos islámicos lleva consigo la apatridia del menor en caso de madre no casada, dado que los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de filiación paterna. Esta circunstancia ha obligado a la DGRN a pronunciarse sobre la solicitud de nacionalidad española de los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados, dando lugar a una doctrina al respecto que ha venido a ser refrendada por la modificación de la Ley de Nacionalidad marroquí. El objetivo de este trabajo es reflejar, a la luz del principio de igualdad constitucional, la evolución de la legislación marroquí en esta materia, tomando como referencia las resoluciones emitidas por la DGRN, a fin de valorarlas teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Palabras clave: nacionalidad, filiación, Derecho islámico, Derecho marroquí, interés superior del menor.

Abstract: The inability of a woman to transmit her nationality to her children in some Islamic systems entails the statelessness of the child in the case of an unmarried mother, since children born out of wedlock are deprived of paternal filiation. This circumstance has forced the DGRN to pronounce on the application of Spanish nationality of the children born in Spain of Moroccan unmarried parents, giving rise to a doctrine in this respect that has been endorsed by the modification of Moroccan Nationality Law. The aim of this paper is to reflect, in the light of the principle of constitutional equality, the evolution of Moroccan legislation in this area, taking as reference the resolutions issued by the DGRN, in order to assess them taking into account the best interests of the child.

Keywords: nationality, filiation, Islamic law, Moroccan law, the best interest of the child.

Sumario: I. Introducción. II. La determinación de la filiación en el Código de familia de marroquí. 1. Filiación legítima e ilegítima. 2. La filiación paterna. 3. La filiación materna. III. La adquisición de la nacionalidad marroquí. IV. Solicitud de nacionalidad española para los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados. V. El principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación, la excepción de orden público español y el interés superior del menor.

I. Introducción

1. Entre las consecuencias derivadas de la falta de atención al principio de igualdad y no discriminación propia de los ordenamientos jurídicos islámicos, se encuentra la imposibilidad de la mujer de transmitir la nacionalidad a sus hijos, lo que lleva consigo la apatridia del menor en caso de madre no casada, pues, también por aplicación de principios básicos del Derecho islámico, los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de filiación paterna. Estas circunstancias concurren en más de una veintena de países, entre los que pueden citarse Arabia Saudita, Bahréin, Barbados, Bahamas, Burundi, Irak, Jordania, Líbano, Omán, Malasia o Nepal.

2. No obstante, frente al rigor de estos ordenamientos, en otros Estados se viene observando en los últimos años una relajación en la aplicación rigurosa de principios islámicos tradicionales del Derecho de Familia, al objeto de avanzar hacia una consagración más efectiva del principio de igualdad. Entre estos países destacan Egipto, Túnez, Argelia y Marruecos, que han ido incorporando a sus respectivos ordenamientos de forma sucesiva diversas reformas, tanto constitucionales, como en sus Estatutos Personales o Códigos de Familia y, más específicamente, en sus leyes sobre nacionalidad, que han permitido a la madre la transmisión de su nacionalidad a sus hijos en las mismas condiciones que el padre. Efectivamente, hasta muy recientemente, en todos los países árabes la madre solo transmitía su nacionalidad cuando el hijo no tuviera padre conocido o este fuera apátrida, provocando situaciones de desprotección de los menores nacidos fuera del matrimonio o de matrimonios no reconocidos por la legislación de su país de origen. A fin de preservar los derechos de los menores, armonizar la normativa sobre nacionalidad con otras leyes nacionales y adecuarla a normas internacionales, las nuevas leyes de la nacionalidad egipcia, tunecina, argelina y marroquí posibilitan que, al igual que el padre, la madre transmita a sus hijos su nacionalidad como nacionalidad de origen, eliminándose así la desigualdad legal existente entre hombres y mujeres con respecto a sus descendientes en este ámbito. Dicha reforma se ha producido en la Ley de la Nacionalidad egipcia, modificada por la ley 154 de 2004; en la Ley argelina, por medio de la modificación introducida por la Orden nº 01-05, de 27 de febrero de 2005; en la Ley marroquí, a través del Dahir 01/07/80, de 23 de marzo de 2007; y en la norma tunecina, en su última reforma por medio de la Ley 55, de 1 de diciembre, de 2010¹.

3. Pues bien, la trascendencia de estas reformas legales en materia de nacionalidad adquieren particular relevancia en nuestro país en el caso del Derecho marroquí, por cuanto los ciudadanos marroquíes constituyen el segundo colectivo más numeroso de población extranjera residente en España (667.189 a fecha 1 de enero de 2017, según datos del INE), tras los ciudadanos provenientes de Rumanía². Este hecho ha provocado no pocos litigios relacionados con la solicitud, en distintas circunstancias, de nacionalidad española por parte de ciudadanos nacionales de Marruecos. Entre dichos litigios queremos destacar aquí el conflicto sobre la adquisición de la nacionalidad española de los hijos de padres marroquíes no casados, que venía suscitando desde hace años un largo debate en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN); debate que debería cerrarse definitivamente por aplicación de la nueva normativa sobre nacionalidad marroquí.

4. A nadie cabe duda que las reformas que en los últimos años ha venido introduciendo el legislador marroquí en el Derecho de familia han de ser bienvenidas tanto desde el ámbito político como desde el más estrictamente jurídico, especialmente en lo concerniente a su preocupación por adecuar el

¹ No obstante, explica C. RUÍZ ALMODÓVAR, Túnez fue el primer país árabe en el que la ley de nacionalidad posibilitó que la madre pudiera transmitir a sus hijos la nacionalidad tunecina como nacionalidad de origen. Pero la equiparación de ambos progenitores se hizo en dos momentos: en primer lugar de manera limitada, cuando, “además de lo ya establecido de que la madre tunecina podía transmitir su nacionalidad al hijo cuando el padre fuera desconocido, apátrida o de nacionalidad desconocida, al igual que en resto de los países árabes, se amplió dicha posibilidad también a la madre tunecina casada con un extranjero, pero solamente si dicho hijo nacía en Túnez y, en segundo lugar, tras la modificación de 2010 en la que se produjo la equiparación total al establecer únicamente que es tunecino el nacido de padre tunecino o madre tunecina”, “La Ley tunecina de nacionalidad”, *MEAH*, Sección Árabe-Islam [0544-408X//1696-5868] 66, 2017, pp. 279-280.

² Pueden consultarse todos los datos en http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf

Código de Familia –Mudawana 2004– al principio de igualdad entre los esposos. No obstante, la efectiva igualdad de derechos se encuentra aún por alcanzar, no solo en el marco de las relaciones horizontales, sino muy particularmente en el de las relaciones paterno-filiales³. La subsistente discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que carecen de filiación respecto del padre, choca frontalmente con el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación que recoge el artículo 39.2 de la Constitución Española, que encuentra reflejo, como es sabido, en el artículo 108 de nuestro Código Civil.

5. Entre las consecuencias que se derivan de esta distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, se hallaba la imposibilidad para estos últimos, a la luz del Código de Nacionalidad marroquí de 1958, de adquirir la nacionalidad marroquí de su padre en el caso de que este no procediera a su reconocimiento, dado que la nacionalidad marroquí se transmitía por línea paterna y solo resultaba posible la transmisión de la nacionalidad de la madre cuando se trataba de un hijo de padre desconocido. Esta situación había obligado a la DGRN a pronunciarse sobre la solicitud de nacionalidad española de los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados, dando lugar a un cuerpo doctrinal al respecto que sufrió, no obstante, algunas oscilaciones. Pero, entre los cambios producidos recientemente en Marruecos siguiendo una política dirigida hacia la igualdad de género, debe incluirse la mencionada modificación de la Ley de Nacionalidad marroquí a través del Dahir 01/07/80, de 23 de marzo de 2007, que ha supuesto un respaldo legal claro y específico a la solución que, por otros cauces, venían otorgando al problema las últimas resoluciones de la DRGN. A pesar de esta modificación, las resoluciones posteriores a la promulgación de la nueva ley de nacionalidad marroquí siguen apoyándose en la doctrina asentada de la DGRN, y no en la solución otorgada por la referida reforma legal.

6. El objetivo de este trabajo no es otro, pues, que reflejar la evolución de la legislación marroquí en esta materia, tomando como referencia las resoluciones de la DGRN que han abordado las solicitudes de nacionalidad española para hijos de padres marroquíes no casados nacidos en España, analizando su adecuación al principio de igualdad y no discriminación que abandera el artículo 14 de nuestra Carta Magna, y al interés superior del menor que debe presidir la búsqueda de la solución a estos conflictos.

II. La determinación de la filiación en el Código de Familia marroquí

1. Filiación legítima e ilegítima

7. Como ha quedado señalado, no puede decirse que, en materia de filiación, la aparición de la nueva Mudawana, que entró en vigor en Marruecos el 5 de febrero de 2004, por medio de la Ley 70-03, haya significado cambios sustantivos en el ordenamiento jurídico marroquí. En realidad, el vigente Código de Familia sigue en buena medida los principios básicos del Derecho islámico (*Sharia*) sobre los que se construyó el antiguo Estatuto Personal que la Mudawana 2004 vino a sustituir.

8. El artículo 83 del antiguo Estatuto Personal establecía con claridad los principios sobre los que, tradicionalmente, se regulaba la filiación en el Derecho islámico⁴: el principio de la línea paterna, que establece que el niño accede al parentesco de su padre⁵, siendo esto el fundamento de los derechos sucesorios; el principio, vinculado con el anterior, que dispone la asunción por el hijo de la religión de su padre; el no reconocimiento de efectos de parentesco respecto del padre de los niños nacidos fuera del matrimonio; y, por último, la prohibición de la adopción. Y el vigente Código de Familia –aunque bien es cierto

³ Véase a este respecto M.D. CASAS PLANES/P. GARCÍA LÓPEZ, “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental (su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)”, *ADC*, tomo LXVII, 2014, fasc. IV, pp. 1253-1337.

⁴ Ver F.J. PANSIER/K. GUELLATY, *Le Droit musulman*, Paris, 2000, p. 74.

⁵ Y así es revelado en el Corán –edición preparada por Julio Cortés, Ansariyan Publicación, 2001, 5ª edición–, rezando la Sura 33, 5: “Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Alá. Y si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos”.

que con algunas modificaciones–, a pesar de sus plausibles intenciones de velar por la igualdad jurídica entre hombre y mujer, se apoya en líneas generales en estos principios del Derecho musulmán clásico⁶, lo que dificulta de extraordinaria manera la garantía del respeto al principio de igualdad en su plenitud.

9. El primer reflejo de la subsistencia de algunos de estos principios lo encontramos en la distinción entre dos clases de filiación (*bunuwa*): la legítima y la ilegítima. El artículo 142 del Código de Familia marroquí, que es el que da comienzo al Título primero del Libro III, distingue entre estas dos clases fundamentales de filiación, aclarando que la filiación parental resultará de la procreación del hijo por sus padres. El artículo siguiente viene a reforzar la incidencia de la filiación legítima en relación al padre y a la madre, estableciendo una presunción *iuris tantum* de legitimidad, al puntualizar que “la filiación será legítima por línea paterna y materna siempre que no existan pruebas que demuestran lo contrario”⁷.

10. La segunda manifestación de contradicción del principio de igualdad queda reflejada en las distintas consecuencias que se derivan de la determinación de la filiación paterna y de la materna en lo que se refiere a la filiación ilegítima. Así, mientras la filiación legítima y la ilegítima producen los mismos efectos en relación a la madre (art. 146), no sucede así para con el padre, para el que la filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos que se derivan de la filiación legítima –*nasab*– (art. 148), cuyo establecimiento implicará la adopción por el hijo de la religión del padre, que aparezcan impedimentos para contraer matrimonio, el nacimiento de derechos y deberes para padre e hijo y el derecho de ambos a heredarse mutuamente (art. 145).

11. Según dispone el artículo 144 de la Mudawana 2004, la filiación respecto del padre será legítima en los casos en que exista una de las causas de filiación, y producirá todos los efectos que legalmente se derivan de ella. A continuación, el artículo 145 especifica que, cuando se establezca la filiación de un hijo de filiación desconocida, sea por reconocimiento de paternidad o por sentencia judicial, el hijo de origen desconocido pasará a ser legítimo en el momento mismo de establecerse la filiación.

12. En definitiva, el llamado hijo ilegítimo, esto es, aquel no nacido o concebido en el matrimonio o no reconocido por el padre, carece de todo derecho respecto de este. La ilegitimidad del hijo en el Derecho marroquí no genera relación de filiación paterna respecto al mismo; en realidad, más que de ilegitimidad, debe hablarse de inexistencia de filiación. De esta manera, si la filiación no queda establecida legítimamente, no podemos hablar propiamente de filiación ilegítima, sino de filiación inexistente; al no existir, pues, relación paterno-filial, no nace deber alguno del padre respecto del hijo⁸. De este modo, puede decirse que en el momento en que se determina la paternidad queda determinada también la legitimidad del hijo⁹.

13. Esta concepción de la filiación se deriva del Derecho de familia islámico, que, según se ha señalado, se halla presidido por el principio básico, sentado desde los tiempos del Profeta, de transmisión del parentesco por línea masculina¹⁰; la legitimidad de la filiación se manifiesta, pues, en la prueba de la consanguinidad del padre respecto del hijo. A este respecto, los artículos 150 a 162 regulan los medios de determinación de la filiación paterna, que es definida como el parentesco legítimo entre el padre y su hijo, que se transmite en línea familiar descendente de padres a hijos (*nasab*). Esta relación filial de parentesco se establece en el Derecho islámico mediando matrimonio válido, presumiéndose que la concepción se deriva de las relaciones conyugales dentro del matrimonio legítimo, en la medida en que es característico de este Derecho el monopolio de las relaciones sexuales con la esposa.

⁶ M.C. FOBLETS/J.I. CARLIER, *Le Code marocain de famille. Incidences au regard du Droit International privé en Europe*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 76.

⁷ Según traducción literal de A. ABKARI AZOUZ, ATEMI, 2008.

⁸ En este sentido, A. MOTILLA/P. LORENZO, *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 96.

⁹ Así lo resumen D. PEARL/W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Ed. Thomson Sweet&Maxwell, London, 1996, p. 400.

¹⁰ G. ESTEBAN DE LA ROSA (Coord.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 93; M.C. FOBLETS/J.I. CARLIER, *op. cit.*, p. 76.

14. Estas reglas nacen de la preocupación constante por la legitimidad propia del Derecho islámico, que estigmatiza fuertemente el nacimiento ilegítimo, esto es, fuera del matrimonio, al amenazar el principio básico de pureza de la línea sanguínea paterna. No puede obviarse, sin embargo, que aunque esta preocupación busca evitar la confusión sobre la paternidad, también viene a reflejar la finalidad de mantener costumbres morales apropiadas y evitar las relaciones sexuales ilícitas (*zina*)¹¹.

2. La filiación paterna

15. A pesar de todo, este principio fundamental del Derecho islámico, que basa la filiación en el matrimonio válido, no impide que se reconozcan otras posibilidades de determinación de la filiación paterna con base en el citado ordenamiento. Prueba de ello es el artículo 152 de la Mudawana, que enuncia los medios de establecer la filiación respecto del padre, recogiendo las causas de determinación de la filiación paterna conocidas por el Derecho musulmán. Dispone este precepto que la filiación paterna vendrá determinada, además de por las relaciones conyugales o cohabitación (*al firach*)¹², por las relaciones erróneas (*chubha*) y el reconocimiento del padre (*iqrar*).

16. Por lo que se refiere a las relaciones conyugales, se considera que, concurriendo los requisitos de la cohabitación, esta constituye una prueba irrefutable de la filiación paterna, que solo podrá ser impugnada por el marido mediante el juramento de anatema (*li'an*) –acusación jurada de adulterio– o la presentación de un peritaje, con dos requisitos: que el esposo afectado presente pruebas sólidas que respalden sus alegaciones y que el informe pericial sea emitido por una orden judicial. En la gran mayoría de los casos, será la cohabitación matrimonial la que funde la presunción de paternidad legítima. En la actualidad, los Códigos y Estatutos Personales normalizan esta materia, estableciendo el período mínimo de gestación en seis meses. La determinación del plazo de seis meses, fruto de la interpretación de la escuela *maliki*, es la acogida por la vigente Mudawana –ya lo hacía también así el Estatuto Personal– en el artículo 154. La filiación paterna se establecerá si el hijo nace como mínimo entre los seis meses posteriores al matrimonio o dentro del año siguiente a la fecha de separación. El nacido al margen de los plazos señalados es considerado por el Derecho islámico fruto de la fornicación¹³, lo que comporta, como hemos señalado anteriormente, la denegación de todos los derechos que se les reconocen a los hijos legítimos.

17. En segundo lugar, el establecimiento de la filiación paterna legítima también puede acaecer cuando las relaciones sexuales de la pareja han tenido lugar por error, esto es, sin que exista matrimonio entre los progenitores (*chubha*). Se trata de reconocer la filiación del niño concebido durante el período de noviazgo concurriendo las circunstancias legalmente previstas¹⁴, aunque, lamentablemente, los otros hijos nacidos fuera del matrimonio sigan sin beneficiarse de este derecho¹⁵. El artículo 155 de la Mu-

¹¹ D. PEARL/W. MENSKI, *op. cit.*, p. 399.

¹² La expresión árabe que utiliza este precepto –*firach*–, que equivale literalmente a “lecho conyugal”, hace referencia a las relaciones carnales que tienen lugar entre los esposos, que consuman de este modo su matrimonio. Como explica G. ESTEBAN DE LA ROSA, aunque la consumación no es un requisito para la celebración del matrimonio, puede tener trascendencia en orden a desplegar un conjunto de efectos, entre ellos el de la determinación del vínculo paterno-filial. “Sin embargo, la existencia de tales relaciones sexuales se presume tras la celebración del matrimonio (art. 153 CF), salvo cuando se ha establecido en el pacto matrimonial que la cohabitación entre los cónyuges tendrá lugar en un momento posterior a su celebración (p. ej., a la llegada a la mayoría de edad de la mujer menor de edad). Esto es, la consumación del matrimonio tiene trascendencia para establecer la filiación paterna, dado que, en caso de que no haya tenido lugar, no hace nacer el referido vínculo”, *op. cit.*, p. 93

¹³ Explica F. MAÍLLO SALGADO, que el Derecho islámico distingue entre dos clases de filiación ilegítima: la del hijo concebido dentro de los plazos del matrimonio, pero al que el esposo deniega su paternidad –llamado *walad al-mula'ana*, o hijo objeto de maldición–, y la del hijo nacido de relaciones sexuales ilícitas, el llamado *walad az-zina*, o hijo de la fornicación. El estatuto de ambos viene a ser casi el mismo, diferenciándose en que la ruptura de la filiación paterna en el primer caso es reparable, si el padre se retracta de su denegación, y en el segundo la ruptura es definitiva, ya que si la fornicación de la madre ha sido jurídicamente probada, la mayoría de los juristas prohíben que tenga un padre legal, *Diccionario de Derecho Islámico*, Ediciones Tre, S.L., Gijón, 2005.

¹⁴ D.Z. MSEFFER, “De la Mudawana al Código de la Familia de Marruecos”, *Página Abierta*, nº 190, marzo 2008, p. 2; <http://www.pensamientocritico.org/doumse0308.html>

¹⁵ N. NAIR, “El Código de la Familia y la mujer emigrante”, *Mugak*, nº 27, 2004, p. 3; <http://revista.mugak.eu/articulos/show/287>

dawana prevé que, cuando una mujer se queda embarazada como resultado de unas relaciones sexuales erróneas (*chubha*), y da a luz a un hijo en el período comprendido entre la duración mínima y la duración máxima del embarazo, la filiación paterna de ese hijo se atribuirá al autor de esas relaciones; esta filiación paterna se establecerá con todos los medios de prueba legalmente previstos.

18. El legislador marroquí ha reforzado, por tanto, la protección de los derechos del niño concebido, incluso nacido, fuera del matrimonio, al reconocer de este modo la paternidad, aunque se trate de supuestos en los que, por razones de fuerza mayor, el matrimonio no se haya formalizado; se trata del conocido como error de acta (*subhat al'aqd*), que tiene lugar cuando las relaciones sexuales mantenidas por los novios se han producido como consecuencia de la imposibilidad de formalizar el acta del matrimonio, tras la celebración del acto de los esponsales, bien al hallarse en un lugar en el que no ha sido posible encontrar un testigo cualificado (*adul*), o bien porque falten determinados documentos administrativos, o los novios se encuentran en el extranjero en un lugar en el que no existe un consulado marroquí¹⁶.

19. Por último, el reconocimiento consiste en la confesión de un hombre acerca de su paternidad respecto de un hijo, mayor o menor de edad, con independencia de que se trate o no de un hijo biológico o de que el confesor no haya estado casado con la madre, siempre que el reconocido no tenga filiación conocida. Aclara la Guía Práctica para la aplicación de la Mudawana, que no se requiere del padre que aporte prueba alguna a estos efectos, sino que resulta suficiente su simple declaración, sin que, por otra parte, tenga que declarar que el hijo reconocido es fruto de un adulterio. Ahora bien, la declaración no puede ser desmentida por hechos contrarios a la razón o la lógica, como sería que el padre y el hijo fueran de la misma edad, sabiendo que el texto no exige que el reconocido sea menor. Este acto –entiende la doctrina– no es meramente declarativo de derechos, sino que atribuye la autoridad paterna a la persona que realiza la citada confesión, sin necesidad de probar ni la verdad biológica de la filiación ni la existencia del matrimonio¹⁷. Por lo que se refiere a los requisitos formales, el artículo 162 requiere al reconocimiento escritura pública o declaración manuscrita e inequívoca de la persona que lo ha realizado.

20. Consecuencia de las antedichas reglas es la absoluta discriminación de los hijos cuya filiación no pueda determinarse por alguno de los medios señalados, lo que constituye un problema de imposible solución para el vigente Derecho marroquí de la familia, inspirado en los principios de la *Sharia*. Efectivamente, al margen de estos supuestos no cabe otra forma de determinación de la filiación paterna, por cuanto, en contraste con los ordenamientos jurídicos no islámicos, la *Sharia* prohíbe que el juez, a instancias del hijo, de su representante, o de otra persona con interés legítimo, inste la declaración judicial de la filiación e inicie el procedimiento de investigación de la paternidad¹⁸.

3. La filiación materna

21. Por lo que se refiere a la filiación materna, lo preceptuado por el artículo 142 del Código de Familia –que, como se ha señalado, declara que la filiación resultará de la procreación del hijo por

¹⁶ Junto al error de acta, la doctrina –G. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 93– distingue en el Derecho islámico clásico otros dos tipos de error: el error de derecho (*subhat al milk*) –que puede tener lugar cuando, por ejemplo, el hombre considera que puede yacer con la esposa-esclava de su hijo, al tener potestad también sobre ella–, y el error de hecho (*subhat al-fi'l*), que puede tener lugar cuando el hombre pensaba que podía yacer con la mujer, que es su hermana por lactancia (con la que no puede contraer matrimonio al existir un impedimento). Ambos tipos de error son infrecuentes en el momento actual, siguiendo la evolución que ha experimentado la sociedad marroquí. Como explica M.C. FOBLETS/J.I. CARLIER, *op. cit.*, p. 83–, la protección que ofrece la nueva disposición del artículo 156 de la Mudawana es, así, circunstancial, traducándose en la ampliación del ámbito probatorio, por cuanto las disposiciones del antiguo Estatuto sólo permitían, a los efectos de la prueba de la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio, la presentación de testigos –testimonio de dos adules–, que obedecía a un procedimiento complicado.

¹⁷ En este sentido, G. ESTEBAN DE LA ROSA –*op. cit.*, p. 94–, siguiendo a Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre vifs*, Mouton and Co., Paris/La Haye, 1973, p. 25.

¹⁸ En tal sentido, A. MOTILLA/P. LORENZO, para quienes, “aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez, puede sustituirla. Este hecho es, en fin, una prueba más de la estructura patriarcal con que se concibe la familia en el Derecho islámico”, *op. cit.*, p. 96.

sus padres— se aparta de la discriminación que para la mujer suponía lo establecido en el artículo 83 del derogado Estatuto Personal, que definía la filiación legítima como aquella por la que el hijo adquiere el parentesco de su padre. Por su parte, el artículo 143, como también hemos visto, establece una presunción legal de legitimidad, disponiendo que “la filiación en relación al padre y a la madre se considera legítima hasta que se pruebe lo contrario”¹⁹.

22. En virtud del artículo 147, la filiación materna se establecerá por el hecho de dar a luz, el reconocimiento de la madre en las condiciones que determinan los artículos 160 y siguientes —esto es, con los mismos requisitos que se exigen para el reconocimiento por el padre— y por sentencia judicial. El último inciso del precepto especifica que la filiación por línea materna será legítima en los casos en que resulte de matrimonio, una relación errónea (*chubha*) o una violación.

23. La nueva norma, si bien resultando plausible, no alcanza a igualar completamente los derechos de hombre y mujer en materia de filiación. Así, como ha puesto de manifiesto la doctrina, mientras los padres no puedan decidir de común acuerdo dar al niño el nombre de su madre, con la exclusión de aquel del padre, o los dos nombres a la vez, y mientras la madre no transmita su nacionalidad —desde la mirada del derecho marroquí su hijo ha nacido de un padre extranjero—, el derecho de la madre a transmitir su filiación a su hijo, tal como prevé el citado artículo 142, seguirá siendo papel mojado y no tendrá más que un valor declaratorio, a efectos exclusivamente políticos²⁰.

24. En esta línea, entre los problemas que plantea la falta de tratamiento igualitario por razón de sexo en materia de filiación, que no parecen recibir en la Mudawana soluciones conformes a las exigencias de los tiempos que vivimos, se encontraba el de la transmisión de la nacionalidad de la madre, del que nos ocuparemos a continuación, que, como se ha adelantado en la introducción de este trabajo, ha sido objeto de reforma por parte del legislador marroquí.

III. La adquisición de la nacionalidad marroquí

25. El cambio de política respecto a las mujeres que se ha ido experimentando en Marruecos en los últimos años, con la finalidad de mejorar su situación en ámbitos diversos, ha tenido también reflejo en la ley reguladora de la nacionalidad, que ha sido modificada en diversas ocasiones, la última de ellas con posterioridad a la Mudawana 2004.

26. Efectivamente, la Ley de la Nacionalidad Marroquí (LNM), promulgada por el Dahir 01/58/250, de 6 de diciembre de 1958 ha sido reformada en dos ocasiones, concretamente en 1960 y en 2007. La ya mencionada reforma de 2007, por medio del Dahir 01/07/80, de 23 de marzo, modifica 21 artículos de la norma, introduciendo novedades significativas en consonancia con la política de cambio respecto a la situación jurídica de la mujer. Los objetivos fundamentales de esta reforma se centran en posibilitar, al igual que en el caso de los hombres respecto de sus hijos, que la madre casada con un extranjero transmita a sus hijos la nacionalidad marroquí como nacionalidad de origen —eliminándose en este caso concreto la desigualdad legal existente entre el padre y la madre—, preservar los derechos de los menores, armonizar esta ley con otras leyes nacionales y adecuarla a la leyes internacionales²¹.

27. Esta reforma, propiciada por la política de igualdad que inspira al legislador de Marruecos, facilita sobremedida, entre otras cuestiones, la solución a la controversia sobre la adquisición de la nacionalidad marroquí del hijo nacido en España de padres marroquíes no casados suscitada a lo largo de las dos últimas décadas en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al introducir una importante modificación en el artículo 6 de la Ley de la Nacionalidad.

¹⁹ C. RUÍZ DE ALMODÓVAR, *El nuevo Código Marroquí de la Familia*, MEAH, Sección Árabe-Islam 53, 2004, pp.209-272.

²⁰ En este sentido, O. MOUNIR, *Le nouveau Droit de la famille au Maroc*, Cheminements, 2005, p. 101.

²¹ C. RUÍZ ALMODÓVAR, “La Ley Marroquí de Nacionalidad”, MEAH, Sección Árabe-Islam (0544-408X//1696-5868), 59 (2010), 115-135.

28. En virtud de los antiguos artículos 6 y 7 de la citada Ley, la madre no transmitía la nacionalidad a su hijo, salvo que el padre fuera desconocido. Así, primeramente, con anterioridad a la reforma disponía el artículo 6: “Se considera marroquí: 1º. El niño descendiente de padre marroquí. 2º. El niño nacido de madre marroquí y padre desconocido. A continuación, el artículo 7 rezaba del siguiente modo: “Se considera marroquí: 1º. El niño nacido en Marruecos de madre marroquí y de padre apátrida. 2º. El niño nacido en Marruecos de padres desconocidos.

29. La madre, por tanto, no transmite la nacionalidad a su hijo sino cuando es de padre desconocido, o de padre apátrida si el hijo ha nacido en Marruecos. Como ha señalado la doctrina, si la madre no puede transmitir la nacionalidad a su hijo es como si la mujer careciera de existencia jurídica. A ello se añade la circunstancias de que, a veces, no se reconoce a los niños nacidos de padre extranjero tampoco como tales por el Estado del que es nacional su padre, por lo que carecen de nacionalidad cuando son adultos. Tal como lo expresa MOUNIR, la identidad humana de estos niños es fundamentalmente marroquí, al haber nacido de madre marroquí de carne y hueso, y no haber conocido ninguna otra sociedad, pero son verdaderos apátridas en virtud de la ley marroquí²².

30. A la luz de estos preceptos, debe observarse cómo la puesta en relación o aplicación conjunta de la normativa sobre nacionalidad y la correspondiente a la filiación, hacía inviable atribuir al niño nacido en España de padres marroquíes no casados la nacionalidad de Marruecos, dado que el hijo carece de filiación legítima respecto del padre —a falta de matrimonio de sus progenitores y de reconocimiento paterno—, y la madre no transmite la nacionalidad a sus hijos salvo cuando se trate de padre desconocido. Este extraño juego de normas ha llevado a algunas parejas marroquíes no casadas a solicitar la nacionalidad española de su hijo nacido en España.

31. Pero la reforma llevada a cabo en la LNM por medio del mencionado decreto real de 2007, otorga nueva redacción a los artículos 6 y 7, dispensando a la madre el mismo tratamiento que al padre en la transmisión de la nacionalidad. El artículo 6 vigente se limita a declarar que se considerará marroquí “el niño nacido de padre o madre marroquí”. A continuación, el artículo 7 dispone que se considera marroquí el niño nacido en Marruecos de progenitores desconocidos. Sin embargo, se considera que este niño no ha sido nunca marroquí si se establece, durante su minoría de edad, que su filiación proviene de un extranjero, pues gozará de la nacionalidad a la que pertenece ese extranjero, aplicándosele su ley nacional.

32. Claramente, la nueva normativa, al equiparar al padre y a la madre a los efectos de la transmisión de la nacionalidad a los hijos, hace desaparecer cualquier duda que pudiera existir sobre la adquisición de la nacionalidad marroquí de los niños nacidos en España de padres marroquíes no casados, resolviendo hacia el futuro cualquier posible solicitud de concesión a aquellos de la nacionalidad española. Así, incluso si se entendiera que el hijo carece de filiación paterna legítima que le privara de la nacionalidad del padre, adquiriría en cualquier caso la nacionalidad marroquí a través de la madre.

33. La solución que la nueva LNM otorga a la citada controversia, no hace vana la reflexión que a continuación se expone sobre las distintas corrientes doctrinales que, a lo largo de veinte años, se han venido manifestando a través de diversas resoluciones de la DGRN, especialmente porque entendemos que, en algunas de ellas, han faltado argumentos jurídicos fundamentados en el desconocimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de nacimiento de la ley marroquí sobre filiación y la transgresión del orden público español que la aplicación de dicha normativa suponía, así como la contemplación del interés superior del menor. Por otra parte, la reforma de la LNM no da respuesta al problema cuando se trata de padre marroquí y madre de otro país que no atribuye al hijo su nacionalidad.

²² O. MOUNIR, *op. cit.*, p. 104. Por el contrario, explicita este autor, la madre extranjera puede siempre inscribir, a su nombre, en su estado civil, a su niño nacido de un padre marroquí y darle su nacionalidad. Pero este niño no podría prevalerse de esta nacionalidad en sus informes con la administración y la justicia marroquí; en relación con la administración y la justicia él es marroquí.

IV. Solicitud de nacionalidad española para los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados

34. La DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la concesión de la nacionalidad española a niños nacidos en España de progenitores marroquíes no casados, hasta el punto de haber dado lugar, siguiendo distintas trayectorias, a un cuerpo doctrinal al respecto, como hemos adelantado. Los hechos de los que se han derivado estos pronunciamientos tienen por base la promoción de expediente ante el Registro Civil para la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española del hijo, bien de progenitores marroquíes no casados, o bien de padre marroquí y madre extranjera tampoco unidos por vínculo matrimonial. Al imposibilitar la LNM la atribución de la nacionalidad marroquí al hijo de progenitores no casados, la solicitud se justifica jurídicamente en el artículo 17.1.c) del Código Civil español, que atribuye la nacionalidad española a los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad²³.

35. La solución de la DGRN a dicha problemática ha sido oscilante, pero ha quedado claramente reflejada en dos grandes líneas argumentativas, que han ido alternándose en el tiempo sosteniendo la aplicación o no del artículo 17.1.c) del Código Civil.

a) Aplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC: situación de apatridia originaria y concesión de la nacionalidad española.

36. Aunque inicialmente la DGRN negara la nacionalidad española a los niños nacidos en España de padres marroquíes no casados, al entender que por aplicación de la ley marroquí aquellos adquirirían *de iure* la nacionalidad de su padre, la resolución de 15 de febrero de 1999 resolvió, en sentido contrario, que en estos casos –aunque en el supuesto concreto la madre fuera peruana– se producía un supuesto de apatridia originaria. Esta situación venía provocada por el hecho de que el hijo nacido en el extranjero de ciudadanos marroquíes, únicamente puede ser considerado de esta nacionalidad si ha nacido dentro de un matrimonio que sea válido conforme a la legislación marroquí. Por lo tanto, el matrimonio contraído en el extranjero debe hacerse con arreglo a las normas que correspondan según el estatuto personal del contrayente marroquí. En consecuencia, los hijos nacidos de una relación no matrimonial o ilegítima no pueden ser considerados marroquíes²⁴.

37. En esta corriente abundan las resoluciones de 16 de enero de 2002, 13 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005, que sostienen que el reconocimiento de la paternidad no matrimonial realizado por un marroquí ante las autoridades españolas no lleva consigo, al no seguirse el principio *ocus regit actum*, la atribución de la nacionalidad marroquí del padre. Y, por otra parte, si bien se considera también marroquí el nacido de madre marroquí y padre desconocido, en este caso el progenitor sí es conocido, encontrándose inscrito el menor como hijo no matrimonial de ambos, por lo que tampoco por esta vía corresponde al nacido *iure sanguinis* la nacionalidad marroquí²⁵.

²³ Véase A.P. ABARCA JUNCO / M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El artículo 17.1 c) del Código Civil. ¿Mecanismo de lucha contra la apatridia o un “nuevo” modo de adquisición voluntaria de la nacionalidad española?”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 14, 2007; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 49-59; id. *Cuestionario práctico sobre nacionalidad española*, León, Eolas Ediciones-Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, 2009, pp. 24-26; id. “Inmigrantes e hijos de inmigrantes nacidos en España: vías de acceso a la nacionalidad española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Migraciones internacionales*, núm. 90, 2010, pp. 115-119; id. *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, Ediciones GPS, 5ª ed., 2015, pp. 108-118; M. MOYA ESCUDERO, “Nacionalidad de los nacidos en España de madres marroquíes”, C. Ruiz Sutil / R. Rueda Valdivia (Coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008, pp. 393-410.

²⁴ RDGRN 15 febrero 1999 (RJ 1999\10181). En el caso de esta resolución, conforme al certificado expedido al efecto por el Consulado de Marruecos en Madrid, “se considera marroquí todo sujeto nacido de padre marroquí, sea cual sea la nacionalidad de la madre y el lugar de nacimiento, dentro de un matrimonio conforme a la legislación vigente en Marruecos”.

²⁵ RRDGRN 16 enero 2002 (JUR 2002\119608), 13 diciembre 2003 (RJ 2003\2173) y 14 julio 2005 (RJ 2005\7535). La

b) Inaplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC: adquisición de la nacionalidad marroquí del padre.

38. La doctrina inicial de la DGRN, como se ha señalado, niega la nacionalidad española a los niños nacidos en España de padres marroquíes no casados, sosteniendo, en general, la inaplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC al adquirir estos hijos la nacionalidad marroquí de sus progenitores. Esta línea de principio, no obstante, da respuesta a dos situaciones distintas: la de los hijos inscritos con filiación paterna y materna y la de los hijos inscritos solo como hijos de la madre, sin filiación respecto del padre. Este segundo caso, ciertamente, no plantea dudas de legalidad, por cuanto el antiguo artículo 6.2º de la Ley de Nacionalidad marroquí atribuía la nacionalidad marroquí a los hijos de madre marroquí y padre desconocido²⁶.

39. La primera situación, sin embargo, no resulta tan clara como la segunda, al no ajustarse estrictamente al supuesto recogido por el artículo 6.2º de la mencionada Ley, ya que, al estar determinada e inscrita la filiación paterna, no estamos hablando verdaderamente de hijo de padre desconocido. A pesar de ello, la DGRN continuó otorgando la misma respuesta, denegando la nacionalidad española al niño sobre la base de la transmisión al hijo de la nacionalidad marroquí. Tal doctrina, aunque se ha mantenido fiel a la solución inicial, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, ofreciéndose progresivamente por el Centro Directivo argumentos jurídicos más elaborados y de mayor calado hasta el momento presente, habiéndose convertido en cualquier caso en la doctrina imperante en la DGRN.

40. Esta evolución podemos observarla con claridad si partimos de la RDGRN de 7 de diciembre de 1995, que, resolviendo la solicitud de nacionalidad española para una niña nacida en España, inscrita como hija no matrimonial reconocida por sus padres solteros, declara que los hijos de padre marroquí, así como los hijos de madre marroquí y padre desconocido tienen la nacionalidad marroquí *de iure*. A ello añade la siguiente reflexión: si el reconocimiento otorgado por el padre no tiene eficacia para el ordenamiento marroquí, la situación equivale a la de una hija de madre marroquí y de padre desconocido, en la que también está atribuida por filiación la nacionalidad marroquí²⁷. La DGRN primeramente opta, pues, por aplicar por analogía el artículo 6.2º LNM.

41. Frente a la sencillez de esta resolución, la más reciente de 31 de octubre de 2005 profundiza en los fundamentos de derecho de la decisión, recogiendo además un resumen de la doctrina hasta el momento emitida por la DGRN²⁸. En ella se observa cómo la DGRN había mantenido, hasta su resolución de 27 de octubre de 1998, que el artículo 17.1.c) del CC no era aplicable a los hijos de padre marroquí, porque por aplicación de la ley marroquí –en concreto, el art. 6 del Dahir nº 250-58-1, de 6 de septiembre de 1958– los hijos de padre marroquí ostentaban *de iure* la nacionalidad marroquí por nacimiento; esta doctrina estaba basada en el conocimiento entonces adquirido de la citada ley marroquí, que al no condicionar expresamente la atribución de la nacionalidad a la filiación matrimonial del hijo, hizo interpretar a este Centro Directivo que el dato del carácter matrimonial o no matrimonial del hijo resultaba indiferente a los efectos de adquirir la nacionalidad marroquí del padre. Esta doctrina sufre una primera inflexión con la Resolución de 15 de febrero de 1999 antes mencionada, pero fue retomada por la de 5 de febrero de 2002, entendiendo que el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene *de iure* desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, con independencia de las dificultades de facto con que se encuentre el interesado en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre; sostiene la citada

primera de las decisiones citadas ha sido objeto de múltiples comentarios, entre otros, véase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, pp. 206-208; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ / OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN, *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España (Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996-2002)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006, pp. 67-69.

²⁶ Supuesto de la RDGRN 10 septiembre 1994 (RJ 1994º7828) y de la RDGRN 24 enero 1996 (RJ 1996º2396).

²⁷ RDGRN 7 diciembre 1995 (RJ 1996º1403).

²⁸ RDGRN 31 octubre 2005 (JUR 2006º266672).

Resolución que no hay dificultades insuperables en este caso, para que sea reconocida en Marruecos la validez de un matrimonio civil celebrado en España entre un marroquí musulmán y una cristiana²⁹.

42. Finalmente, la propia resolución de 31 de octubre de 2005 sostiene la inaplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC español a estos supuestos al entender, por interpretación de lo preceptuado por la nueva Mudawana, que no tiene lugar situación de apatridia para el menor. En virtud de esta doctrina, la DGRN por medio de esta resolución añade otros cuatro argumentos a los anteriormente reseñados:

- El nuevo Código de Familia marroquí admite la celebración de los matrimonios contraídos por ciudadanos marroquíes fuera de Marruecos en la forma local propia del país de la residencia habitual de estos, sin perjuicio de depositar una copia del acta matrimonial en el Consulado de Marruecos correspondiente al lugar de celebración;
- Son medios legales para la determinación de la filiación paterna en el Derecho marroquí, no solo la presunción legal que se deriva del matrimonio, sino también el reconocimiento y la cohabitación (art. 152 de la Mudawana). Por su parte, el artículo 157 del nuevo Código admite el establecimiento de la filiación también en los casos de matrimonios viciados o impugnables o incluso en los supuestos de las denominadas relaciones por error.
- En cuanto a los efectos probatorios de la filiación no matrimonial, no puede obviarse el hecho de que la propia inscripción del nacimiento en el Registro Civil español constituye prueba de la filiación, de especial importancia cuando la inscripción ha sido promovida por el padre conjuntamente con la madre, y practicada dentro del plazo legal, siempre que no se aprecie imposibilidad biológica para la paternidad y que no se haya acreditado otra distinta, y siempre que no pueda dudarse de la autenticidad del reconocimiento.
- Por último, debe atenderse a la importancia en esta materia de la asunción del principio *favor filiationis* por el Derecho marroquí, que sienta la presunción de que la filiación es legítima respecto del padre y de la madre mientras no se demuestre lo contrario (art. 143 CF)³⁰.

43. Esta doctrina se reproduce en todas las resoluciones emitidas con posterioridad, componiendo la respuesta definitiva de la DGRN a la controvertida cuestión, incluso en resoluciones emitidas después de la promulgación de la nueva normativa marroquí sobre la nacionalidad³¹.

V. El principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación, la excepción de orden público español y el interés superior del menor

44. Aunque la RDGRN de 31 de octubre de 2005 que acabamos de analizar resolviera finalmente la controversia en estudio con apoyo en los fundamentos jurídicos expuestos, seguidos fielmente por las resoluciones posteriores, previamente reflexiona, como una primera aproximación al tema, sobre la aplicabilidad de la cláusula de orden público internacional, partiendo del principio de igualdad y no discriminación que consagra la Constitución Española. Efectivamente, a pesar de que la cuestión se dilucida desde la exclusiva perspectiva del Derecho marroquí, la DGRN evidencia que al tratar de aplicar el artículo 17.1.c) del CC, surge una situación paradójica caracterizada por un efecto de “doble espejo” entre los artículos 17.1.c) y 9.1 y 4 CC, en la que la nacionalidad y la filiación del menor son respectivamente

²⁹ La RDGRN 5 febrero 2002 (JUR 2002\146153) recoge un caso de un matrimonio entre una mujer ecuatoriana –cuya legislación niega esta nacionalidad a los nacidos fuera de Ecuador que no estén al servicio del país– y un hombre marroquí. Alinéandose con esta, la RDGRN 26 enero 2004 (JUR 2004\138610) niega la condición de español *iure soli* al nacido en España hijo no matrimonial de padre marroquí y madre ecuatoriana.

³⁰ RRDGRN 31 octubre 2005 (JUR 2006\266672).

³¹ RRDGRN 10 febrero 2006 (JUR 2007\112157), 27 marzo 2006 (JUR 2007\112102), 18 junio 2008 (JUR 2009\397311), 24 noviembre 2008 (RJ 2010\458) –en este caso se trataba de la filiación de un hijo de madre marroquí y padre desconocido–, 26 enero 2009 (JUR 2010\99179), 16 febrero 2011 (JUR 2012\74786), 23 septiembre 2011; 21septiembre 2012 (JUR 2013\283271); 3 enero 2014 (JUR 2014\209973); 17 febrero (JUR 2014\210674); y 3 septiembre 2014 (JUR 2015\251641), siendo esta la última resolución que se ha pronunciado sobre el tema; debe presumirse que por mor de la modificación de la LNM.

cuestiones previas la una respecto de la otra, sin que ninguna de la dos se pueda definir sin determinar antes la otra: el hijo es nacional marroquí si se establece su filiación respecto de un padre marroquí, pero para determinar esta filiación ha de hacerse aplicación del estatuto personal del hijo que, a su vez, se determina por la nacionalidad del mismo, nacionalidad que no puede afirmarse sin el *prius* de la filiación.

45. Tratándose, pues, de determinar previamente la filiación del menor, y teniendo en cuenta la discrepancia que existe entre la distinción subsistente en el Código de Familia marroquí entre filiación legítima e ilegítima y el principio de igualdad y no discriminación por razón de filiación que recogen los artículos 14 y 39 de la Constitución Española, la aplicación de la norma marroquí que ordena el artículo 9.4 CC –el carácter y contenido de la filiación se regirán por la ley personal del hijo–, podría ser desplazada a través de la cláusula de orden público español que enuncia el artículo 12.3 CC: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Y el estatuto jurídico del menor, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional, es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos³².

46. Por otra parte, la ley española como ley del foro es asimismo la que resulta aplicable si se parte de la idea de que, por ser la filiación una cuestión previa y condicionante de la de la nacionalidad del menor, el establecimiento del vínculo filial se ha de resolver partiendo como premisa del carácter indeterminado de la nacionalidad del hijo, lo que supone aplicar como punto de conexión la residencia habitual de este (art. 9.4 y 10 CC). Finalmente, en este complejo proceso interpretativo, abundando en la solución apuntada, se ha de ponderar de forma decisiva el principio del *favor filiationis*, que igualmente aconseja aplicar la ley que reconoce el vínculo de filiación como vínculo jurídico resultante del hecho biológico de la procreación (ley española), descartando la ley que niega tal vínculo (ley marroquí).

47. A pesar de este reconocimiento de aplicabilidad de la excepción de orden público, la DGRN entiende que si paralelamente la misma conclusión sobre la nacionalidad del menor no se alcanzara por la legislación marroquí, ello daría como resultado el incumplimiento de la finalidad del artículo 17.1.c) CC, esto es, la evitación de la apatridia. Desde esta perspectiva, para lograr la finalidad a la que propende la norma, se impondría admitir la excepción de la excepción, es decir, la inaplicación al caso de la cláusula de orden público, lo que lleva a estas resoluciones a analizar el tema de la filiación del menor exclusivamente desde la perspectiva del Derecho marroquí.

48. Esta argumentación de la DGRN sobre la aplicación de la excepción de orden público internacional ha sido puesta en entredicho por algún sector de la doctrina, que ha entendido que esta complejidad en el razonamiento jurídico expuesto es innecesaria, y la invocación de la cláusula de orden público errónea, al menos en cuanto al efecto que produciría la excepción. Se sostiene, en esta línea, que según el análisis de la legislación marroquí sobre filiación llevado a cabo, esta queda determinada con el carácter de no matrimonial, pero equiparada en efectos a la matrimonial, lo que significa que el hijo no matrimonial sigue la nacionalidad marroquí de su padre; por tanto, no resulta necesaria la invocación de la cláusula de orden público. “Pero al no haber procedido de manera coherente y lógica, la resolución debe realizar una compleja argumentación por la vía de la excepción que es a su vez exceptuada para llegar nuevamente al punto de partida, y encontrarnos con la sorpresa de que no existía motivo alguno para realizar la primera excepción”³³.

³² STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000\141). El mismo Tribunal Constitucional ha hecho aplicación práctica de esta idea para rechazar la intervención de la ley extranjera que prohíbe las acciones de filiación del hijo, aplicando en su lugar sustitivamente la Ley española, activando así la previsión del artículo 12.3 CC (STC 7/1994, de 17 de enero). Igualmente actúa en tal dirección la existencia de normas materiales imperativas en el Derecho español que limitan el alcance de las normas de conflicto antes vistas, como es el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 1 declara aplicable la Ley a todo menor de dieciocho años que se encuentre en España, sean estos nacionales o extranjeros.

³³ En este sentido, J.A. GARCÍA GARCÍA, “La doctrina de la DGRN sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padres marroquí nacidos en España. Un viaje de ida y vuelta”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 15, 2007, p. 217. Véase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, Ediciones GPS, 5ª ed., 2015, pp. 11-112 y nota 269; A. ÁLVAREZ

49. Para este sector doctrinal, aunque procediera la aplicación de la excepción de orden público respecto de la legislación marroquí, el efecto no es aplicar las reglas españolas sobre determinación de la filiación, para provocar la consecuencia jurídica de que el hijo sigue la nacionalidad marroquí del padre, con arreglo a las normas marroquíes. Esta desconexión entre ley aplicable a la filiación y ley aplicable para determinar la nacionalidad, provocaría resultados absurdos, como es el caso ante el que nos encontramos. Por ello –concluye GARCÍA GARCÍA–, la ley española aplicable, una vez constatado que el hijo no sigue la nacionalidad del padre –por aplicación de las normas del Derecho extranjero relativas a la determinación de la filiación–, conforme a la ley nacional de este, no es otra que el artículo 17.1.c) CC, debiéndose conceder la nacionalidad española del hijo solicitada.

50. Ciertamente, no resulta fácil decantarse por uno u otro razonamiento jurídico, que obviamente llevan a resultados opuestos. Desde nuestro punto de vista, aunque la excepción de orden público resulte a todas luces aplicable, por cuanto la ley marroquí sobre filiación atenta contra el principio de igualdad por razón de nacimiento, el efecto que sobre la protección del menor se pretende alcanzar con su llamada, al impedirse su discriminación por haber nacido fuera del matrimonio, puede resultar fallido si lo que se consigue finalmente no es otra cosa que la apatridia del niño. Este efecto indeseado puede observarse claramente en la resolución de 5 de febrero de 2002, que sostuvo, como vimos, que el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene *de iure* desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, “con independencia de las dificultades de facto con que se encuentre el interesado en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre”.

51. De la propia resolución se desprende la falta de certeza sobre el desenlace exitoso del conflicto, en la medida que no queda garantizado que las autoridades competentes de Marruecos concedan finalmente al niño la nacionalidad marroquí aplicando adecuadamente su ordenamiento jurídico. Idéntica reflexión puede realizarse respecto de la resolución de 5 de diciembre de 1995, que aplica por analogía la determinación de la filiación materna en caso de padre desconocido, al asumir que para el ordenamiento marroquí puede resultar ineficaz el reconocimiento otorgado en España por el padre³⁴; la única posibilidad de considerarse eficaz el reconocimiento sería que el *iqrar* se hiciera en consonancia con la ley marroquí. Al hilo de esta reflexión, la doctrina no ha dejado de poner de manifiesto la inseguridad jurídica, incluso la desconfianza, que produce el hecho de que la DGRN deba aplicar e interpretar en estos casos una ley extranjera³⁵. Y es esta inseguridad en la definitiva atribución de la nacionalidad al niño la que nos lleva a concluir que, por encima de otras cuestiones, debe atenderse en estos casos al principio del interés superior del menor. Ante la posibilidad de que el niño quede apátrida, o ante las azarosas vicisitudes por las que se ha de atravesar para que adquiera definitivamente una nacionalidad, lo que parece más acertado en esta tesitura, en aras de la protección del menor, es la aplicación del artículo 17.1.c) CC, debiéndose responder, pues, positivamente a las solicitudes de concesión de la nacionalidad española elevadas en estas circunstancias.

52. En cualquier caso, la modificación operada en marzo de 2007 en la LNM ha solventado la problemática sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) CC en estos supuestos. Al transmitirse al hijo la nacionalidad marroquí del padre o de la madre en condiciones de igualdad, desaparece el problema de las dificultades existente para determinar la filiación paterna en los casos de parejas marroquíes no

RODRÍGUEZ /G. MARRERO GONZÁLEZ, “Attribution of Spanish Nationality to Children Born in Spain with the purpose of avoiding situations of statelessness at birth”, S. Carrera Nuñez / G-R. De Groot (Eds.), *European Citizenship at the Crossroads: The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 277.

³⁴ De hecho, sostiene C. RUÍZ SUTIL que cuando un padre marroquí residente en España reconozca a un hijo ilegítimo de conformidad con el Derecho español, tal declaración voluntaria de la paternidad, que no está prevista abiertamente en el CFM, nunca podrá ser considerada válida por las autoridades marroquíes al resultar contraria al orden público marroquí, *La determinación de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí*, Granada, 2009, p. 239.

³⁵ GARCÍA GARCÍA, J.A. sostiene que buen ejemplo de esta inseguridad o desconfianza es la aplicación de la ley marroquí que lleva a cabo la RDGRN de 7 de diciembre de 2006, que constituye un auténtico banco de pruebas sobre las dificultades que, en la aplicación del art. 17.1.c) CC, se presentan de manera habitual ante los órganos registrales de nuestro país, *op. cit.*, p. 210.

casadas, al objeto de poder atribuir la nacionalidad marroquí del padre de los niños nacidos en España. Las resoluciones posteriores a esa fecha debieron, pues, haber aplicado la nueva normativa, incluso en los casos en los que la solicitud se elevara con anterioridad a su entrada en vigor, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la LNM prevé que las nuevas disposiciones en relación a la atribución de la nacionalidad marroquí como nacionalidad de origen se aplicarán a las personas nacidas antes de la entrada en vigor de tales disposiciones, si en dicha fecha no habían alcanzado la mayoría de edad.

53. No obstante, no podemos olvidar que la cuestión subsiste en los casos de los hijos de padre marroquí y madre de otra nacionalidad que no se hallen unidos por vínculo matrimonial, si el país de procedencia de la madre no atribuye al hijo la nacionalidad de esta; y también en los supuestos de parejas de otros Estados sometidos al Derecho islámico que no hayan modificado sus normas sobre adquisición de la nacionalidad del correspondiente país. En caso de duda sobre el resultado definitivo de la aplicación de la ley extranjera, el interés del menor, entendemos, se halla por encima de los demás argumentos jurídicos expuestos.

VARIA

LOS RETOS DE LA LITIGACIÓN TRANSNACIONAL
EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿SE HA EXTENDIDO DEMASIADO
LA “NOCIÓN DE MATERIA CONTRACTUAL”
EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I?

THE CHALLENGES OF THE TRANSNATIONAL LITIGATION
IN THE EUROPEAN UNION: HAS THE NOTION OF MATTERS
RELATING TO A CONTRACT BEEN EXTENDED TOO MUCH
IN BRUSSELS I REGULATION?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Prof. Ayudante doctor de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 29.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4133>

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo el comentario a la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016 en el asunto *Granarolo*. Este asunto vuelve a poner en relieve aspectos interpretativos en relación al Reglamento Bruselas I que van a afectar al Reglamento Bruselas I bis como son lo que debe entenderse por materia contractual, por un contrato de compraventa o por un contrato de prestación de servicios. Pero la realidad es que esta interpretación va más allá de los aspectos puramente técnico jurídicos. Estas cuestiones que se plantean en la sentencia implican retos que las partes en un litigio transnacional en la Unión Europea deben tener en cuenta a la hora de organizar la estrategia procesal a seguir.

Palabras clave: materia contractual, responsabilidad extracontractual, contrato de compraventa, contrato de prestación de servicios.

Abstract: The goal of this paper is to analyze the ECJ judgment of 14 July 2016 in the *Granarolo* case. This issue highlights again interpretative aspects in relation to the Brussels I Regulation that will affect the Brussels I bis Regulation. These are what to must be understood by contractual matter or by a contract of sale or of provision of services. But the reality is that this interpretation goes beyond the purely technical and legal aspects. These issues that arise in the ruling imply challenges that the parties in a transnational litigation in the European Union must take into account when organizing the procedural strategy to be followed.

Keywords: matters relating to a contract, non-contractual liability, contract of sale of goods, contract of provision of services.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Cuestiones planteadas al TJUE. IV. Problemas jurídicos. 1. ¿Materia contractual o extracontractual?. 2. ¿Contrato de compraventa o contrato de prestación de servicios?. V. Conclusiones.

Introducción

1. El objeto del presente trabajo es la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016 relativa a la ruptura repentina de una relación comercial de larga duración entre empresa con sede en Francia y empresa con sede en Italia¹. El presente caso plantea un aspecto de especial relevancia en la aplicación del *Reglamento 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*² (en adelante, Reglamento Bruselas I) y es si la acción judicial ejercitada por una de las partes reclamando una compensación por la *ruptura brutale* de una relación comercial debe calificarse como materia contractual o extracontractual. Esta calificación que se realice va a ser esencial en este proceso, ya que en función de cómo se califique dicho problema la competencia judicial internacional que se debe determinar vía Reglamento Bruselas I va a variar otorgando competencia bien a un tribunal francés o a un tribunal italiano.

2. Además este asunto trae a colación un aspecto que ya se trató por el TJUE en el asunto *Brog-sitter*³. El TJUE exige en aras de una aplicación uniforme del Reglamento Bruselas I bis que se interprete la acción ejercitada como materia contractual o extracontractual en atención a los parámetros de interpretación europeos, a los hechos del caso y con independencia de cómo se califiquen en el Derecho nacional. Esta calificación que realice el juez nacional no sólo va a condicionar el tribunal competente sino también el Derecho aplicable al fondo del asunto y a las indemnizaciones que pueden recibir las partes. Este aspecto no es baladí ya que la estrategia procesal del demandante puede verse truncada por completo si la calificación que realizó inicialmente no se corresponde con la que finalmente realiza el tribunal donde se interpone la demanda.

Si la acción que se ejercita queda delimitada dentro de la noción contractual, la norma aplicable para determinar el derecho que debe regir el fondo del asunto será el *Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante, Reglamento Roma I)⁴. Sin embargo, si la relación se califica de extracontractual será de aplicación el *Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (en adelante, Reglamento Roma II)⁵.

3. Por lo tanto, a nuestro parecer, esta resolución del TJUE que es objeto de análisis en el presente trabajo no es una resolución más, es una apuesta de las instituciones europeas por una forma de actuar que los tribunales nacionales deben acatar en aras de afianzar un Derecho internacional privado cada vez más europeo.

II. Hechos del caso

4. Los hechos del presente caso podrían quedar resumidos en los siguientes: *Ambrosi* con sede en Niza ha vendido en Francia durante veinticinco años los productos de la empresa italiana *Granarolo* con sede en Bolonia. Esta relación de larga duración se desarrolló sin la existencia de ningún contrato o pacto por escrito. En diciembre de 2012, la situación cambia cuando *Granarolo* comunica a *Ambrosi* que su relación comercial acabaría en enero de 2013. Esto debía ser así ya que había entablado relaciones comerciales con otra empresa francesa para que distribuyera sus productos en Francia y en Bélgica a partir de esa fecha.

¹ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559. Vid. un comentario a esta sentencia P. HUBER, *Auf ein Neues: Vertrag und Delikt im europäischen I(Z)PR* (zu EuGH 14.7.2016- Rs. C-196/15-Granarolo SpA./Ambrosi Emmi France SA, unten S. 396, Nr. 22), *Iprax*, 2017, Heft 4, pp. 356-360.

² DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001.

³ STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brog-sitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148.

⁴ DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2008.

⁵ DOUE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

5. Ante este escenario, *Ambrosi* demanda a *Granarolo* ante tribunales de Marsella. La demanda se sustenta en el art. L-442-6 del Código de Comercio Francés. *Ambrosi* argumenta que ha existido una ruptura repentina de la relación comercial, debido a que *Granarolo* no ha avisado del cese de la misma con el tiempo necesario. Así, conforme al Derecho francés, esta ruptura repentina podría dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios a *Ambrosi*, lo cual es lo que solicita.

6. *Granarolo*, sin embargo, se opone a este argumento de *Ambrosi* alegando que la relación entre ambas empresas es de naturaleza contractual. De este modo, según *Granarolo* el tribunal francés no tendría competencia como señala el demandante vía foro especial del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (actual art. 7.2 Reglamento Bruselas I bis⁶), ya que no se trata de un problema de naturaleza extracontractual⁷. Para el demandado la relación es de naturaleza contractual, resultando competente los tribunales italianos, en particular los tribunales del lugar de la entrega de mercancías, es decir los tribunales de Bolonia, lugar de la fábrica de *Granarolo*. Para la empresa italiana no hay duda de la relación contractual entre ambas empresas, alegando, además que en las facturas aparecía la indicación “ex works” lo cual se corresponde con uno de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional.

7. Por lo tanto, la calificación de la relación de las partes como contractual o extracontractual es crucial, ya que es lo que permite determinar qué tribunal puede ser internacionalmente competente para conocer del asunto.

Si la relación se califica de extracontractual podría entrar en escena el foro especial de daños del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (art. 7.2 Reglamento Bruselas I bis), resultando competente los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso. Si el daño se ha producido en Francia, los tribunales franceses podrían ser competentes para conocer del asunto. Sin embargo, si la relación se califica como contractual, se debería tener en cuenta aplicación del foro especial en materia contractual, el art. 5.1 del Reglamento Bruselas I (art. 7.1 Reglamento Bruselas I bis). En el caso de tratarse de una relación contractual, se debería resolver otro aspecto importante, y es si la relación contractual entre *Ambrosi* y *Granarolo* es una relación derivada de un contrato de distribución o un contrato de compraventa de mercaderías.

III. Cuestiones planteadas al TJUE

8. Ante este escenario, la Corte de Apelación de París consideró necesario preguntar al TJUE sobre dos cuestiones: 1) si la ruptura de una relación comercial estable donde no existe ningún contrato ni cláusula de exclusividad podría implicar una acción de responsabilidad extracontractual conforme al art. 5.3 del Reglamento Bruselas I; 2) si en el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera negativa si podría aplicarse la letra b del art. 5.1 del Reglamento Bruselas I para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de basa a la demanda.

IV. Problemas jurídicos

1. ¿Materia contractual o extracontractual?

9. El TJUE ya ha considerado que el mero hecho de entablar una acción de responsabilidad civil no implica necesariamente que la acción deba ser calificada de contractual en el sentido del art. 5.1. letra a

⁶ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

⁷ Sobre este foro, *vid ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXV: Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, decimoséptima edición, Comares, Granada, 2017, pp. 1422-1452; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, 3ª ed, Navarra, 2016, pp. 112-120; P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 229-275; P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U.Magnus/ P. Mankowski, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 262-340.

Reglamento Bruselas I (actual art. 7.1 letra a Reglamento Bruselas I bis)⁸. De este modo, debe calificarse la acción emprendida como contractual si es consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato⁹. Por lo tanto, la mera acción del demandante no califica si el objeto de la reclamación debe ser considerado como contractual o extracontractual, es la propia existencia de una relación contractual de las partes y el hecho de que lo que se reclame sea consecuencia de un incumplimiento contractual.

10. De este modo, el tribunal nacional con independencia de lo establecido en su derecho nacional, debe analizar si existe una relación contractual entre las partes¹⁰. El TJUE ya había resuelto previamente en este sentido en el asunto *Brogstitter* considerando que con independencia de cómo califique este tipo de acciones el derecho nacional (en ese caso se trataba del Derecho alemán) se debe considerar la acción como contractual a efectos del Reglamento Bruselas I cuando la acción que trae como objeto la demanda se deriva del incumplimiento del contrato¹¹.

11. Sobre este particular, parte de la doctrina alemana muestra su desacuerdo con la interpretación llevada a cabo por el TJUE¹². Esto es así debido a que la interpretación de la materia contractual se ha hecho demasiado extensiva, es demasiado amplia. Desde este punto de vista esto genera cierta discordancia en relación a que una cuestión puede ser tratada en cuanto a la competencia judicial como materia contractual pero extracontractual en relación al Derecho aplicable. Esto podría poner en peligro la coherencia entre Reglamentos Roma I y Roma II. Una de las observaciones que se le realiza al *modus operandi* del TJUE es el hecho de que las interpretaciones realizadas sobre materia contractual relativas al art. 5.1 del Reglamento Bruselas I (art. 7.1 Reglamento Bruselas I bis) también se utilicen para el Reglamento Roma I cuando las funciones de dichas normas son diferentes, siendo el objetivo del art. 5.1 la activación de un foro especial¹³. Además otro de los peligros que advierte la doctrina alemana de

⁸ STJUE de 14 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI, apartado 21. Previamente STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogstitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, apartados 23 y 24. Sobre este foro *vid, ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXV: Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, VOL. II, decimoséptima edición, Comares, Granada, 2017, 899-924; E. CASTELLANOS RUIZ, “Compraventa Internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 194-198; F. FERRARI, *Verkäufergerichtsstand auch nach Art. 5, n.1, lit b. EuGVVO?*, *ecolex*, 2007, pp. 303 y ss.; P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'art. 5 n. 1 del regolamento. 44/2001 nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, 3ª ed, Navarra, 2016, pp 102-111; S. LEIBLE, “Warenversteigerungen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2005, pp. 424 y ss.; P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U. Magnus/ P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 88- 212; P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U. Magnus/ P. Mankowski, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 121-262; P. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás)*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 291-307; A. FONT I SEGURA, “La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales”, *RJC*, vol. 2006, nº 2, pp. 391-424; C. REYDELLET, “La pluralité des contrats de distributions et l'article 5.1 du règlement Bruxelles I”, *RLDA*, nº 103, 2015, pp. 46 y ss; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Contratos de agencia: aplicación del art. 5.1 del Reglamento Bruselas I a la obligación contractual de no competencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. OVIEDO ALBÁN, (Dir.), *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, pp. 497-522; F. SALERNO, “La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita”, *RDIPP*, 2008, pp. 381-394.

⁹ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 21.

¹⁰ *Ibidem*, apartado 22.; STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogstitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, apartado 21.

¹¹ STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogstitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, apartado 29.

¹² *Vid.* P. MANKOWSKI, “ARTICLE 7”, en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 168-169; *Vid* también, P. HUBER, *Auf ein Neues: Vertrag und Delikt im europäischen I(Z)PR (zu EuGH 14.7.2016- Rs. C-196/15-Granarolo SpA./Ambrosi Emmi France SA, unten S. 396, Nr. 22)*, *Iprax*, 2017, Heft 4, pp. 358-360.

¹³ P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 166-168. El tenor literal del considerando 7 tanto del Reglamento Roma I como del Reglamento Roma II es el siguiente: “*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 (5) (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)*”. Esta concordancia entre instrumentos que se persigue no sólo es entre el Reglamento Bruselas I (actual Reglamento Bruselas I bis) y los Reglamentos Roma I y Roma II también con los Reglamentos europeos de tercera generación que comparten ámbito de aplicación material con el Reglamento Bruselas I bis. Nos referimos en particular al Reglamento por el que se establece la orden europea de retención de cuentas [Reglamento (UE) No 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de

esta interpretación del TJUE es que puede dar lugar a que por cuestiones de calificación el demandado pueda escapar de que se le juzgue por una acción en materia extracontractual¹⁴.

12. En el caso que nos ocupa, la relación comercial existente entre Ambrosi y Granarolo se había prolongado veinticinco años. Sin embargo, el hecho de que no existiera un contrato entre las partes no significa que no pueda existir una relación contractual a efectos del art. 5.1 Reglamento Bruselas I. La relación contractual puede existir en base a acuerdos tácitos, lo relevante es que las partes manifiesten su voluntad de forma inequívoca¹⁵. En efecto, el incumplimiento de un acuerdo tácito derivaría en una responsabilidad contractual. Lo importante es identificar la obligación contractual incumplida¹⁶. Por lo tanto, es el tribunal nacional el que debe identificar dicha obligación en base a los pactos que las partes hayan podido entablar entre ellos de forma tácita pero inequívoca.

13. De este modo, el TJUE precisa que la relación contractual tácita entre las partes no puede en ningún caso presumirse¹⁷. Tal relación debe demostrarse. Los elementos que podrían utilizarse para probar una relación contractual de larga duración donde no existe un contrato firmado por ambas partes podrían ser *ad ex.*, el tiempo que llevan las partes cooperando juntas, la relación basada en principios como la confianza entre ambas o la buena fe, la frecuencia de las relaciones y cómo éstas han ido evolucionando en el tiempo...¹⁸. El derecho nacional no es relevante a efectos de calificación, son los hechos del caso concreto.

14. Por lo tanto, si el juez nacional entendiera que la relación contractual tácita entre *Granarolo* y *Ambrosi* existe no podría calificarse en aras del Reglamento Bruselas I la reclamación por ruptura sin preaviso de una relación comercial de larga duración como una reclamación extracontractual. Así, debería entenderse que dicha reclamación es consecuencia de un incumplimiento contractual. Esto implicaría que, en principio, el Derecho aplicable para resolver el fondo del asunto debe venir determinado por el Reglamento Roma I, con independencia de cómo se califique por el Derecho material francés este tipo de reclamaciones.

2. ¿Contrato de compraventa o contrato de prestación de servicios?

15. La segunda pregunta que se formula al Tribunal de Justicia tiene que ver con la posible respuesta otorgada por el citado tribunal a la primera cuestión. De este modo, si de una relación comercial como la del caso, se puede extraer la conclusión de que se podría tratar de una relación contractual, cabe plantearse si la misma debe entenderse como un contrato de prestación de servicios o un contrato de compraventa de mercaderías.

16. De nuevo la autonomía conceptual aparece, no se debe acudir a los derechos nacionales¹⁹. El TJUE ha destacado que lo relevante es averiguar la obligación característica del contrato²⁰.

2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DOUE L189/59, de 27 de junio de 2014)]. En este Reglamento sobre la orden europea de retención de cuentas en su art. 48 se señala que el Reglamento sobre la orden europea de retención debe siempre interpretarse sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis. Sin embargo, esta uniformidad perseguida entre el Reglamento Bruselas I y los Reglamentos Roma I y Roma II a efectos de calificación aunque es lo deseable puede no llegar a ser completa, ya que la realidad jurídica es que calificación para determinar la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable tienen objetivos distintos. *Vid* también sobre este particular, M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol.6, nº 2, 2014, pp. 324-325.

¹⁴ *Vid*. P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, p. 168.

¹⁵ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 24.

¹⁶ *Idem*, apartado 24.

¹⁷ *Ibidem*, apartado 25.

¹⁸ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 26.

¹⁹ *Ibidem*, apartado 32.

²⁰ *Ibidem*, apartado 33; STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim*, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 apartado 31, para

17. En cuanto a la noción de compraventa, el TJUE ha establecido que cuando la relación *inter partes* se basa en “la entrega de un bien” debe ser considerado compraventa de mercaderías a efecto del art.5.1.b, primer guión del Reglamento Bruselas I²¹. Por lo tanto, se puede considerar perfectamente como compraventa de mercaderías una relación comercial duradera que se sustenta en acuerdos sucesivos en los que cada uno de los cuales se acuerda la entrega y recepción de las mercancías²². Una relación comercial duradera como la del presente asunto puede considerarse como de compraventa de mercaderías a efectos del art. 5.1.b., guión primero si el objeto de la relación es la sucesión de diferentes contratos de compraventa²³. Por lo tanto, quedarían fuera de esta noción de compraventa todos aquellos contratos donde se transmiten bienes pero cuyo objeto del contrato no es sólo este, sino que queda superado por una relación más amplia entre las partes. Esto sucede en el caso de la distribución comercial.

En el supuesto de que en el asunto que comentamos el juez nacional decidiera que la relación es contractual y que la misma se debe calificar como contrato de compraventa, un aspecto crucial para poder aplicar el foro especial del art. 5.1.b, guión primero es la determinación del “lugar de entrega” de las mercancías. Sólo recordar que en el presente asunto la parte demandada alega que en las facturas se recoge el Incoterm “Ex Works”. De ser esto así, ese Incoterm se debería tener en cuenta para designar el lugar de entrega a efectos del Reglamento Bruselas I²⁴. En este caso en particular sería Bolonia, el lugar donde tiene su fábrica Granarolo y donde Ambrosi recoge las mercancías. No hay que olvidar que para que este Incoterm pueda operar para designar el tribunal competente es necesario lo siguiente²⁵: 1) que se precise que la entrega de las mercancías se realiza al comprador en un lugar concreto y no al transportista o a otro sujeto; 2) que la inserción del Incoterm ha sido realizada con el consentimiento de ambas partes.

18. De este modo, un contrato es considerado de prestación de servicios a efectos del art. 5.1. b segundo guión del Reglamento Bruselas I (art. 7.1. letra b, segundo guión Reglamento Bruselas I bis), cuando existe una relación contractual conforme a la cual una de las partes presta un servicio a otra a cambio de una remuneración²⁶. Por lo tanto, dos criterios son necesarios para que un contrato pueda ser enmarcado a los efectos del Reglamento Bruselas I bis como de prestación de servicios:

a) *Actuación positiva*. El TJUE exige que el que presta el servicio debe desempeñar actos positivos²⁷. Es decir, no es suficiente con meras abstenciones. Se trata de un contrato mediante el cual una de las partes asume una obligación de hacer o no hacer. Es decir, de los contratos de prestación de servicios se pueden derivar obligaciones tanto de medios como de resultado²⁸. La noción de servicios es amplia con el fin de que puedan quedar enmarcadas cualquier actividad comercial que no se considere

un comentario sobre esta sentencia *vid.* P. CANEDO ARRIAGA, “Notas breves sobre la STJUE (Sala cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim, asunto C-381/08): Los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001”; *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 3, nº 1, 2011, pp. 263-269; STJCE de 23 de abril, C-533/07, Falco, ECLI:EU:C:2009:257, apartado 54.

²¹ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 34; STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim*, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 apartado 32.

²² STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 35.

²³ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea I*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 304.

²⁴ STJUE de 9 de junio C-87/10, *Electrosteel*, ECLI:EU:C:2011:375 apartado 26. Sobre este particular *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 4, nº 2, pp. 93-122.

²⁵ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXV: Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, decimoséptima edición, Comares, Granada, 2017, p. 912.

²⁶ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 36. Anteriormente, STJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Coman-Collins*, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 37; STJCE de 23 de abril, C-533/07, *Falco*, ECLI:EU:C:2009:257, apartado 29;

²⁷ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 38.

²⁸ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea I*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 315.

compraventa de mercaderías. El fin es brindar un efecto útil al art. 7.1.b y así evitar la aplicación de los apartados a y c del art. 7.1 y tener que recurrir a la *lex causae/lex fori*²⁹.

De este modo, los contratos de distribución pueden ser enmarcados perfectamente dentro de esta noción de prestación de servicios, con independencia de si el contrato es de distribución exclusiva o selectiva, de franquicia o de agencia³⁰. En el contrato de distribución, la entrega de las mercancías es un aspecto más en la relación contractual, pero no es el único objetivo.

La distribución es una relación estrecha, de colaboración, en el que existe un abastecimiento continuo y necesario del proveedor al distribuidor, lo que permite que el distribuidor pueda alcanzar una posición en el mercado con los productos que vende. Además, en función del tipo de distribución puede implicar que el distribuidor entre los servicios que presta esté el de ofrecer servicios preventa y posventa a los clientes. Servicios que dan un valor añadido a los bienes que comercializa en un determinado mercado.

Desde nuestro punto de vista, otro aspecto clave para diferenciar de si se está ante un simple contrato de compraventa o un contrato de distribución es la clase de producto que se comercializa por parte del comprador, si este es “de marca” o incluso si puede enmarcarse dentro de los denominados “de lujo”, el comprador no sólo vende también deberá desarrollar toda una serie de directrices que vienen impuestas por el vendedor/proveedor de los bienes.

b) *Remuneración por ello*. Las actuaciones por desarrollar un servicio son las que desencadenan el pago de un precio. El TJUE en el asunto objeto de análisis precisa que el pago de la prestación no tiene por qué ser estrictamente en dinero³¹. Esto es así debido a que en el caso de la distribución especialmente en el caso de la distribución selectiva y exclusiva el distribuidor está integrado dentro una red oficial de distribución. Por lo tanto, su remuneración puede ser efectuada por otras vías como descuentos, acceso a ofertas, publicidad...

No hay que olvidar que en este tipo de redes de distribución los miembros son elegidos en atención a diferentes criterios. En el caso de la distribución exclusiva, la selección de los distribuidores se realiza en base a criterios cuantitativos³². Es decir, el proveedor asigna a una serie de distribuidores por zonas geográficas, lo que permite la venta en exclusiva de su producto en una determinada zona o territorio. Esta asignación en exclusiva de un territorio de venta puede implicar restricciones para el Derecho de la competencia europeo cuando el proveedor y el distribuidor tienen cuotas de mercado importantes. La asignación de territorios en exclusiva puede tener como uno de los efectos la compartimentación del mercado europeo³³.

²⁹ Vid. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, p. 87.

³⁰ Sobre los contratos de distribución *vid. sin carácter exhaustivo*, R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, pp. 59-72; F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a. A CALZADA CONDE (Dir.), *Contratos Mercantiles*, 5ª ed., Madrid, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 779-884; J.L. DÍAZ ECHEGARAY, “El contrato de distribución exclusiva o de concesión”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a. A. CALZADA CONDE, *Contratos mercantiles*, 5ª ed, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 727-779; M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en A. L. CALVO CARAVACA/ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1276 y ss; A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Capítulo VI: contratos de distribución internacional”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, pp. 223-240; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-49; V. KORAH/ D. O’SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 7 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 231-244; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 245 y ss.

³¹ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 40; Anteriormente, STJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Corman-Collins*, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 39.

³² Vid. J.L. DÍAZ ECHEGARAY, “El contrato de distribución exclusiva o de concesión”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a. A. CALZADA CONDE, *Contratos mercantiles*, 5ª ed, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 735 y ss.

³³ Sobre los problemas que plantean los acuerdos de distribución exclusiva para el derecho de la competencia *vid. ad ex*, A. ZURIMENDI ISLA, “Capítulo XV: Acuerdos verticales y restricciones de libre competencia”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, pp. 762-780.

En el caso de la distribución selectiva, los miembros son elegidos en base a criterios cualitativos. No cualquier distribuidor va a ser seleccionado, sólo aquellos que cumplan los criterios que la red exige³⁴. Entre esos criterios pueden estar las dimensiones del local en el que se venden los productos, el hecho de contar con personal cualificado, las posibilidades de hacer publicidad del producto conforme a la política de la red, etc. Sobre estos criterios de selección el TJUE ha considerado que siempre que sean uniformes y objetivos y no sean utilizados de forma discriminatoria por el proveedor a la hora de seleccionar a los miembros de su red son lícitos conforme al art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁵. Lo importante para considerar lícitos estos criterios de selección es que sean necesarios en atención a la naturaleza del producto. La preservación de la imagen de marca o de lujo del producto permite a los proveedores exigir determinadas actuaciones a los distribuidores que quieran formar parte de la red de venta, pudiendo quedar fuera aquellos que no las cumplan³⁶.

19. En el supuesto de que el juez nacional considerara que la relación entre las partes es de naturaleza contractual y que la relación es de prestación de servicios, el tribunal competente será el del lugar donde se hayan prestados los servicios según el contrato.

V. Conclusiones

20. Respecto a la primera cuestión que se plantea, el TJUE considera que tras una valoración global de las circunstancias del caso por parte del juez nacional, a efectos del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (art. 7.2 Reglamento Bruselas I bis), una acción de indemnización basada en la ruptura repentina de relaciones contractuales de larga duración no puede considerarse materia extracontractual si entre las partes existe una relación contractual tácita³⁷. Tal relación contractual tácita se considera que existe con independencia de cómo califique el derecho nacional este tipo de problema jurídico. La consideración de la relación contractual tácita se deriva de elementos derivados de las propias circunstancias del caso tales como la regularidad de la relación, cómo se trataban las cuestiones relativas a los pagos, si existían descuentos, la confianza entablada entre ambas partes, etc.

21. Aunque hay que reconocer la amplitud de los términos que se manejan de noción contractual y extracontractual, y que esto puede plantear problemas en los ordenamientos de algunos Estados miembros debido al sistema de responsabilidad extracontractual que recogen en su Derecho nacional. No es menos cierto que el TJUE no desoye por completo lo recogido en los Derechos nacionales, ya que como señala en el apartado 23 de la sentencia objeto de análisis “*en un número significativo de Estados miembros las relaciones comerciales de larga duración que no hayan sido objeto de un contrato escrito pueden considerarse, en principio nacidas de una relación contractual tácita, de cuyo incumplimiento se puede derivar una responsabilidad contractual*”

³⁴ Sobre este particular en la doctrina *vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "El contrato de distribución selectiva", en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a. A CALZADA CONDE (Dir.), *Contratos Mercantiles*, 5^a ed., Madrid, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 792-799; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 35. En la jurisprudencia del TJUE, *vid.* STJUE de 6 de diciembre de 2017, C-230/16, *Coty*, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 24 y 25; STJUE de 13 de octubre de 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 41; STJCE de 22 de octubre de 1986, C-75/84, *Metro II*, *Rep.* 1986, p. 3076, apartado 37; STJCE de 3 de julio de 1985, C-243/83, *Binon*, *Rep.* 1985, p. 2034, apartado 31; STJCE de 25 octubre de 1983, C-107/82, *Telefunken*, *Rep.* 1983, p. 3155, apartado 35; STJCE de 11 octubre de 1983, C-210/81, *Demo-Studio Schmidt*, *Rep.* 1983, p. 3046, apartado 2; STJCE de 16 de junio de 1981, *Salonia*, case 126/80, *Rep.* 1981, p. 1565, apartado 24; STJCE de 11 Diciembre de 1980, C-31/80, *L'Oréal*, *Rep.* 1980, p. 3776, apartado 16; STJCE de 19 de julio de 1980, *Lancôme*, C-99/1979, *Rep.* 1989, p. 2511, apartado 20; STJCE de 25 de octubre de 1977, C-26/76, *Metro I*, *Rep.* 1977, p. 1877, apartado 20

³⁵ *Per alia vid.* STJUE de 6 de diciembre de 2017, C-230/16, *Coty*, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 24.

³⁶ Esta selección de los distribuidores conforme a los criterios que el proveedor considere necesarios para preservar la naturaleza de su producto hace que las redes de distribución se cierren, no cualquier distribuidor puede tener cabida dentro de la red oficial de distribución. Esto hace que los productos lleven aparejados una serie de servicios que hacen que su precio aumente. Este escenario es uno de los elementos que provoca la existencia del comercio paralelo, sobre este particular de forma monográfica *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución comercial y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015.

³⁷ STJUE de 4 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 28.

Así sería en el caso del Derecho material español, las reclamaciones judiciales basadas en la ruptura de un contrato de distribución sin respetar el plazo de preaviso se consideran materia contractual, siendo habituales en los contratos de distribución exclusiva. Esto es así debido a que en este tipo de distribución los contratos se sustentan en relaciones duraderas entre las partes, donde se incluyen cláusulas contractuales en las que se indica con cuánto tiempo de antelación debe avisarse al distribuidor en el caso de que se quiera dar por zanjada la relación.

Es cierto que la cuestión es espionosa, hay asuntos donde las delimitaciones entre lo que debe entenderse por materia contractual y materia extracontractual no es tan clara ni evidente. O incluso hay otros asuntos en los que se pueden interponer acciones de ambas naturalezas. El papel que juega el Derecho internacional privado europeo interpretando estos conceptos no es sencillo, pero en aras de la uniformidad en la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, del Reglamento Roma I y del Reglamento Roma II se ha optado por una interpretación lo más neutral posible. Desde nuestro punto de vista, lo importante quizás no es tanto destacar la extensión del concepto de materia contractual sino destacar la necesidad de un concepto coherente. Y a nuestro parecer el TJUE en este sentido lo ha sido. Los conceptos como materia contractual o extracontractual no pueden extraerse de los derechos nacionales, deben ser conceptos propios europeos si lo que se desea es contar con un verdadero sistema de Derecho internacional privado europeo. Es cierto que esto implica un coste importante para los sistemas jurídicos de los Estados miembros, y es que a la hora de calificar haya discordancias entre lo señalado por el Derecho internacional privado europeo y lo establecido por el Derecho nacional, pero quizás es el precio que debe pagarse en aras de conseguir un sistema de derecho internacional privado común.

22. Respecto a la segunda cuestión planteada, para determinar si una relación contractual se debe calificar como de compraventa de mercaderías o como de prestación de servicios es necesario atender a la obligación característica del contrato. Si dicha obligación característica es la simple entrega de bienes, aunque sean sucesivas en el tiempo, el contrato debe calificarse de compraventa de mercaderías a efectos del art. 5.1.b Reglamento Bruselas I (art. 7.1 b Reglamento Bruselas I bis). En cambio, si la obligación característica es la prestación de un servicio. Es decir, el comprador/distribuidor vende los productos del vendedor/proveedor en un mercado, pero además también lleva a cabo prestaciones necesarias para la venta de esos productos, como pueden ser campañas de publicidad, servicios pre-venta y posventa, prestaciones que son supervisadas por el proveedor, debe calificarse la relación contractual de prestación de servicios.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL
Enero / Junio 2017

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE
January / June 2017

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

ORCID ID: 0000-0000-6966-8485

Recibido: 28.12.2017 / Aceptado: 20.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4134>

Resumen: En el período de referencia no hay nuevas quejas “*abiertas*” o “*en seguimiento*” ante el Comité de Libertad Sindical. Tampoco los informes: núm. 381 (329ª reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de 2017); y núm. 382 (330ª reunión, Ginebra, 17 de junio de 2017) del Comité de Libertad sindical, referenciaron problemática singular sobre el Reino de España.

El Tribunal de Justicia de la Unión ha dictado dos resoluciones que afectan a España directamente: *Rodrigo Sanz* sobre condiciones de trabajo en Universidades Públicas, y *Pérez Retamero* sobre tiempo de trabajo en actividades móviles o itinerantes. También se referencia, aunque no afecta a España directamente, el asunto *Asma Bougnaoui* por la trascendencia para nuestro ordenamiento jurídico laboral de su doctrina sobre utilización del pañuelo islámico en centros de trabajo.

En el ámbito del TEDH no se han dictados, en el período de referencia, resoluciones de índole laboral que afecten a ciudadanos españoles.

Palabras clave: profesor en universidad pública funcionario interino, reducción de jornada por motivos presupuestarios, discriminación en relación con los funcionarios públicos de carrera, trabajadores móviles o itinerantes, inadmisibilidad de la cuestión prejudicial comunitaria, utilización del pañuelo islámico en lugares de trabajo, discriminación por razón religiosa.

Abstract: In the reference period, there are no new “open” or “pending” complaints before the Committee on Freedom of Association. Neither the reports: no. 381 (329th meeting, Geneva, 9-24 March 2017); and No. 382 (330th meeting, Geneva, June 17, 2017) of the Freedom of Association Committee, referenced singular problems about the Kingdom of Spain.

The Court of Justice of the Union has issued two resolutions that directly affect to Spain: *Rodrigo Sanz* on working conditions in Public Universities, and *Pérez Retamero* on working time in mobile or itinerant activities. Reference is also made, although it does not affect Spain directly, the *Asma Bougnaoui* case because of the importance for our labor legal system of its doctrine on the use of Islamic headscarves in work centers.

In the area of the ECHR, labor-related resolutions affecting Spanish citizens have not been issued during the reference period.

Keywords: professor in public university interim civil servant, reduction of working day due to budgetary reasons, discrimination in relation to career public officials, mobile or itinerant workers, inadmissibility of the community reference for a preliminary ruling, use of the Islamic handkerchief in work places, discrimination for religious reason.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuestiones introductorias. II. Auto TJUE de 9 de febrero de 2017 [asunto C-443/16]. *Francisco Rodrigo Sanz, c. Universidad Politécnica de Madrid*. Reducción de jornada de tiempo completo a parcial. III. STJUE de 2 de marzo de 2017 [asunto: C-97/16]. *José María Pérez Retamero, c. TNT Express Worldwide Spain, S.L (y otros)*. Duración del tiempo de trabajo en actividades ‘móviles’. IV. STJUE de 14 de marzo de 2017 [asunto: C-188/15]. *Asma Bougnaoui, c. Micropole SA*. Despido por utilización de pañuelo islámico mientras se encontraba prestando servicios profesionales.

I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuestiones introductorias

1. La jurisprudencial analizada en este crónica del TJUE ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Cohesión económica, social y territorial; Derechos fundamentales; Educación, Formación Profesional y Juventud; Empleo; Estatuto de los Funcionarios y Régimen aplicable a otros Agentes; Formación Profesional y Juventud; Empleo; Fondo Social Europeo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*.

Se ha ampliado el ámbito de búsqueda abarcando también a los siguientes cinco nuevos ámbitos conceptuales: *Cohesión económica, social y territorial; Educación, Formación Profesional y Juventud; Estatuto de los Funcionarios y Régimen aplicable a otros Agentes; Formación Profesional y Juventud; Fondo Social Europeo*.

Se reseñan todos los asuntos que afectan a España en el período temporal referenciado, y, además, el asunto *Asma Bougnaoui* por su especial trascendencia y eventual aplicabilidad para nuestro ordenamiento jurídico español.

2. No se reseña, y queda pendiente para la próxima entrega de esta sección la Sentencia TJUE (Tribunal de la Función Pública) de 27 de junio de 2017 [Asunto T-233/16 P] José Luis Ruiz Molina c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) por no contar todavía con versión traducida.

II. Auto TJUE de 9 de febrero de 2017 [asunto C-443/16]. *Francisco Rodrigo Sanz, c. Universidad Politécnica de Madrid*.

Decisión prejudicial comunitaria. Reducción de jornada de tiempo completo a parcial. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

3. La petición de decisión prejudicial comunitaria ha sido presentada en el litigio que mantienen D. Francisco Rodrigo Sanz con la Universidad Politécnica de Madrid en relación con la decisión adoptada por dicha Universidad, en el marco general de un procedimiento de reestructuración empresarial motivada por la crisis económica, de reducir la jornada laboral del interesado de tiempo completo a tiempo parcial. Dicha decisión fue adoptada de manera unilateral por el empleador, y afectaba a todos los trabajadores que se encontraban en idéntica situación que la del trabajador que ahora recurre en los tribunales nacionales.

Además de la normativa comunitaria citada, y las normas laborales y universitarias del ordenamiento jurídico español, es importante subrayar que la ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012 permite, con carácter general, que las Administraciones Públicas modifiquen la duración de la jornada de todos aquellos profesores de universidad interinos que carecieran de una acreditación académica para la que se necesitase el título de Doctor.

Es relevante para la resolución del caso comprender adecuadamente los hechos debatidos. El Sr. Rodrigo Sanz fue nombrado en noviembre de 1989 funcionario interino en una plaza de Profesor Titular de Escuela Universitaria. Desde entonces tanto sus funciones docentes como su jornada laboral y sus

horarios no se han modificado. En noviembre de 2012 le fue comunicada la transformación de su plaza de tiempo completo a tiempo parcial, con la consiguiente reducción retributiva.

El Sr. Rodrigo Sanz interpuso un recurso jurisdiccional, basándose, básicamente, en que la aplicación de dicha reducción únicamente para los funcionarios interinos generaba una situación de discriminación con respecto a aquellos profesores titulares de escuela universitaria que aunque funcionarios no habían obtenido el rango de doctor. Apreciaba que dicha medida no respondía, por tanto, a necesidades docentes, sino a consideraciones relacionadas con la reducción de los gastos de la Universidad, por lo que la medida debía haberse enunciado en términos más generales, sin tratar de manera diferente a como se trata a otros profesores de su mismo rango universitario. Lo que se discute es si la diferencia de trato que se da a los profesores funcionarios de a los interinos es lo relevante en este caso.

La Universidad, por su parte, sostiene que la medida controvertida pretende implementar una garantía de calidad que permite medir de manera objetiva el rendimiento de las actividades docentes, investigadoras y de gestión del profesorado universitario, entendiendo que la medida es proporcionada a las necesidades de reorganización que experimentan las Administraciones Públicas en general y la Universidad en particular, pues ha soportado cómo ha descendido el número de matriculas en los últimos años, y, con ello, las necesidades de profesorado universitarios.

4. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo ante el que se debate el problema recuerda que el Acuerdo marco prohíbe tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos que se hallan en una situación comparable por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada.

También subraya que la norma que integra a los Profesores Titulares de Escuela Universitaria en el cuerpo de los Profesores Titulares de Universidad expresamente subraya que las personas que no se integren en dicho cuerpo permanecerán en la misma situación y mantendrán sus derechos. Pero la aplicación de esta norma está reservada únicamente a los Profesores funcionarios de carrera, excluyendo expresamente a los funcionarios interinos, como es razonable. El diferente tratamiento se justifica en que los primeros han superado un proceso selectivo que conduce a la creación de un puesto de trabajo de carácter funcional, mientras que el nombramiento de los segundos responde sólo a determinados requisitos, generalmente relacionados con la necesidad y la urgencia de proveer unas determinadas plazas vacantes.

Entiende el Juzgado remitente de la cuestión comunitaria que tanto las características de los puestos desarrollados, como la naturaleza de la relación de servicios, así como las tareas confiadas y la formación requerida para cada una de ambas categorías de profesores son idénticas. Y, del mismo modo, considera probado que la única razón de la reducción de la jornada de trabajo es la necesidad de limitar los gastos de la Universidad. Sobre este punto no hay discusión alguna, es asumido por todas las partes, y apreciado así por el Juzgado correspondiente.

El juzgado remitente pregunta, de manera más concretas, si la aplicación de una norma nacional como la cuestionada es conforme con el Acuerdo marco cuando genera la consecuencia de reducir a la mitad la jornada de aquellos profesores (funcionarios interinos) que no son doctores, mientras que otros profesores funcionarios de idéntica categoría profesional aunque funcionarios (también no doctores) conservan íntegramente sus derechos y no sufren ningún tipo de reducción de jornada.

Plantea, en concreto, las siguientes cuatro cuestiones prejudiciales comunitarias que seguidamente se exponen por su orden.

¿Puede el Acuerdo interpretarse en el sentido de constituir un impedimento para que la normativa interna restrictiva de la jornada se aplique únicamente a los funcionario interino?

¿Puede, en caso de responderse afirmativamente a esta cuestión, entenderse como causa objetiva que justifique esta diferencia de trato la situación económica negativa que atraviesa la Universidad?

De manera más general, con alcance más global, cuestiona si la facultad de auto organización de la Administración tiene como límite la obligación de no discriminación. También pregunta si el Acuerdo marco puede entenderse contrario a la norma universitaria que permiten que los profesores titulares de escuela universitaria conserven todos los derechos mientras no lo hace así para los profesores interinos del mismo cuerpo universitario.

Y, por último, cuestiona si la condición funcionarial es suficiente para establecer un trato discriminatorio para profesores de idéntica categoría profesional: titulares de escuela universitaria, que carecen, ambos, de un rango académico determinado: el título de doctor.

5. El Tribunal de Justicia resume la cuestión planteada y centra la cuestión jurídica debatida. Se trata, como aprecia, de examinar si la interpretación del Acuerdo marco se opone a una norma nacional que autoriza, en el marco de medidas de reestructuración de la organización universitaria, a reducir a la mitad la jornada de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos, debido a que no poseen el título de doctor, mientras que los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera que tampoco poseen dicho título de doctor no son objeto de la misma medida.

El Tribunal recuerda que cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse clara y diáfana de la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia (o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable) se podrá decidir en cualquier momento mediante auto motivado. Y éste es uno de esos casos, como acontece en los (varios) asuntos jurisdiccionales que enumera.

El Tribunal comienza enunciando que la jurisprudencia que emana del Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores retribuidos que desarrollan su labor en el marco de una relación laboral de duración determinada. Eso supone que las disposiciones del Acuerdo marco se aplican a todos los contratos y relaciones laborales de duración determinada que se celebran por la Administración pública, también, por tanto, a las que se desarrollan en la Universidad. Es indubitado que el Sr. Rodrigo Sanz ha ejercido durante más de treinta años diferentes funciones docentes en la Universidad como profesor interino, y también lo es que su actividad está incluida en el ámbito de aplicación del referido Acuerdo marco.

Uno de los objetivos del mismo es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando, concretamente, el respeto al principio de no discriminación. Dicho principio se aplica a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de los derechos que se reconocen a los trabajadores con contrato de duración indefinida. Éste es un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva.

La circunstancia determinante para apreciar si una medida está incluida en el concepto de '*condiciones de trabajo*' es, por tanto, la naturaleza y las condiciones de ejercicio de la relación de trabajo entre el trabajador y el empresario.

El Tribunal entiende que del procedimiento jurisdiccional nacional se aprecia con claridad que la reducción de la jornada laboral a la mitad (y, con ello, de la correspondiente reducción retributiva) puede considerarse como una condición de trabajo, en el sentido del Acuerdo marco. También recuerda el Tribunal de Justicia que dichas condiciones de trabajo no deben ser menos favorables para los trabajadores a tiempo parcial que para aquellos trabajadoras comparables que desarrollen su actividad a tiempo completo, a menos que exista una justificación razonable por razones objetivas que legitime esa diferencia de trato.

En el caso debatido es evidente que existe una diferencia de trato entre los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos y los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera que no posean el rango académico de doctor, ya que la reducción a la mitad de la jornada laboral y, con ello, de la retribución, sólo se impone a los primeros, por la mera razón de que no poseen el título de doctor. La primera operación que compete al Tribunal de Justicia es comprobar si ambos tipos de trabajadores (los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos y los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera) se encuentran en una situación comparable.

6. Para apreciar si los trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable atendiendo a los factores de desarrollo de la relación laboral: la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación, y las condiciones laborales de ejecución de la relación laboral.

El Tribunal aprecia que de los autos del procedimiento jurisdiccional se deduce que tanto las características de los puestos de trabajo ocupados, como la naturaleza del trabajo desarrollado, las tareas confiadas y la formación requerida para el desarrollo de las actividades son idénticas. El único elemento

que diferencia la situación de un Profesor de otro es la naturaleza temporal de la relación de servicios que vincula al trabajador interino con su empleador. Y como ambos tipos de profesores, ambos tipos de categorías profesionales, se encuentran en una situación comparable, debe comprobarse si existe o no una razón objetiva y razonable que justifique la diferencia de trato que sufren ambos tipos de trabajadores en sus condiciones de empleo, singularmente en lo que importa a la reducción de su jornada por la aplicación de las normas presupuestarias.

El Tribunal entiende que no constituye una ‘razón objetiva’ que permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos, el mero hecho de que esta diferencia se prevea es una norma nacional general y abstracta, por mucho que el objetivo pretendido por la misma sea legítimo.

Ello determina que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no puede constituir una razón objetiva que justifique dicha discriminación entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos, pues no se pueden emplear criterios que discriminen en razón de la duración de la relación laboral, pues admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos del Acuerdo marco, perpetuando el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada. Es decir, acudir a dicho criterio ahonda la diferencia, más que contribuye a erradicarla.

Para que se pueda emplear un trato distintivo y se encuentre justificado es necesario que el criterio que se emplee se encuentre justificado por la existencia de elementos precisos y concretos, y que éstos tengan relación directa con la condición de trabajo, teniendo en consideración el contexto específico en que se enmarca la relación y sus condiciones de desarrollo. Dichos criterios deben ser objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, apreciando particularmente si mediante su utilización se permite alcanzar el objetivo perseguido, y si resulta indispensable al efecto. Estos elementos que se emplean para legitimar la distinción deben relacionarse o bien con la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada, o bien con las características inherentes a las tareas desarrolladas, o bien justificarse en la persecución de un objetivo legítimo de política social de alcance general.

En el asunto debatido se aprecia que la Universidad sí ha empleado un criterio objetivo para articular la diferencia de trato, pues se justifica en las restricciones presupuestarias que experimenta la Universidad, debido, entre otras razones, al descenso de las matrículas de estudiantes. Teniendo en cuenta la capacidad de organización presupuestaria de la que gozan las administraciones pública, y entre ellas la Universidad, la institución decide el empleo del criterio de restricción de jornada comentado.

Ahora de lo que se trata es de averiguar si el criterio empleado es compatible con los que entiende el Acuerdo marco que son razonables y objetivos. Estos criterios, siguiendo los precedentes jurisdiccionales antecedentes, pueden consistir en la antigüedad para acceder a determinados puestos, en la restricción para el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera, o la exigencia de que acrediten una determinada experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo. Pero siempre velando porque dichas restricciones sean objeto de una aplicación transparente, y puedan ser eventualmente objeto de controles, se apoyen en criterios objetivos y se evite cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada por la única causa de la duración de sus contratos de trabajo.

7. La aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal no es aquieta a los requisitos del Acuerdo marco, según interpreta la jurisprudencia que se ha ido citando en la resolución. Básicamente porque la reducción a la mitad de la jornada de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria basada únicamente en el hecho de que sean funcionarios interinos y no poseen el título de doctor, no es un criterio objetivo ni transparente, ni se vincula con la naturaleza de la actividad prestacional laboral ni con el objeto del puesto de trabajo.

La aplicación de este criterio restrictivo no tiene en consideración que ambos tipos de profesores (los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos, y los funcionarios de carrera) desarrollan y desempeñan funciones profesionales y laborales “*similares*”.

No se entiende razonable, en definitiva, que el trato diferenciado de los funcionarios interinos se justifique por medidas de gestión del cuerpo docente universitario ni por restricciones presupuestarias. Con respecto a esto último, a la diferencia de trato basada en razones presupuestarias, el Tribunal de Justicia entiende que no es un elemento objetivo y razonable que pueda justificar una discriminación entre trabajadores que desarrollan idéntica función y actividad. Porque aunque es cierto que las consideraciones de índole presupuestaria puedan justificar la adopción de medidas de política social de un Estado miembro y, con ello, influir sobre el alcance de las medidas que se deseen adoptar, no debe olvidarse que no constituye por sí misma un objetivo perseguido por esta política, y que no justifican la aplicación de una normativa nacional que conduce a una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores con contrato de duración determinada.

En definitiva, que los criterios y razones argüidos por la Universidad para proceder a la restricción de jornada provocando con ello una diferencia de trato entre trabajadores que desempeñan básicamente idénticas tareas socio profesionales no son ni objetivos ni razonable. Un dato adicional corrobora esta conclusión, porque la realidad acontecida en la Universidad y en la gestión de su personal contradicen las propias alegaciones de la Universidad y la implementación del diferente trato dado a ambos tipos de trabajadores, pues como se ha constatado por el órgano jurisdiccional nacional remitente de la cuestión prejudicial, las necesidades de los servicios de que se trata han permanecido inalteradas, y, además, en recientes convocatorias de personal se ha promovido la contratación de puestos de trabajo a tiempo completo para las asignaturas que impartían los profesores que vieron reducida su jornada a tiempo parcial.

En definitiva, y en conclusión, el Tribunal entiende que la norma comunitaria se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que consiente que las administraciones competentes, en el marco de medidas de reestructuración de la organización universitaria, adopten decisiones unilaterales de reducción de jornada (a la mitad) para los Profesores Titulares de Escuela Universitaria interinos, en base, únicamente, a que no poseen el título de doctor, pero que, sin embargo no adoptan la misma decisión restrictiva con respecto a los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera que tampoco poseen dicho título académico.

III. STJUE de 2 de marzo de 2017 [asunto: C-97/16]. *José María Pérez Retamero, c. TNT Express Worldwide Spain, S.L (y otros)*.

Decisión prejudicial comunitaria. Duración del tiempo de trabajo en actividades ‘móviles’. Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

8. En junio de 2008 el Sr. Pérez Retamero suscribió con la empresa TNT un contrato para a prestación de servicios profesionales denominado “*contrato normativo de prestación de servicios de transporte*”, mediante el cual se responsabilizada de recoger y entregar mercancías en un ámbito territorial concreto, así como de confeccionar y tramitar la documentación necesaria para el despacho aduanero de alguna de estas mercancías, debiendo también realizar gestiones relacionadas con el cobro de los importes del servicio. Dicho contrato fue prorrogado en varias ocasiones, suscribiéndose en otras ocasiones otro distinto del mismo tipo y entidad. Consta acreditado que el trabajador continuó desarrollando su actividad para la empresa varios años de manera ininterrumpida, hasta el año 2015.

Es importante destacar que el trabajador era propietario de una furgoneta que empleaba para su actividad profesional, y que disponía de la necesaria autorización administrativa para ejercer la actividad de transporte de mercancías.

En febrero de 2015 la empresa le comunico verbalmente que no podían ofrecerle ningún servicio de transporte más, lo que fue ratificado mediante una carta entregada en marzo de ese año. El trabajador presentó la correspondiente demanda por despido ante los tribunales nacionales solicitando que se declarase que se encontraba vinculado laboralmente con la empresa y que, por tanto, su despido debía considerarse como improcedente.

Entendía, en concreto, que su relación contractual era plenamente laboral, porque concurrían todas y cada una de las notas características que el Estatuto de los Trabajadores exige para ello en su artículo 1, básicamente la dependencia, la ajenidad y la inclusión en la organización empresarial. Su relación no era, entiende el recurrente, de carácter civil o mercantil, sino plenamente laboral por cuenta ajena. Precisa, de manera concreta, que la exclusión objetiva que establece el artículo 1, apartado 3, letra g), del Estatuto de los Trabajadores de este tipo de actividades del ámbito laboral resulta contraria a la Directiva 2002/15, por lo que dicho trabajador no podía calificarse como un “*conductor autónomo*” en los términos que establece la normativa comunitaria, sino trabajador plenamente laboral.

Lo que se está cuestionando, por tanto, es la exclusión constitutiva que realiza el ET con respecto a ese tipo de actividades laborales; lo que se está cuestionando es si dicha exclusión del ámbito objetivo de aplicación del ET se adecua a la normativa comunitaria.

Ante el órgano judicial las partes sostuvieron sus diferentes posturas jurídicas. La empresa entendió que no existía contradicción alguna entre el artículo 1, apartado 3, letra g), del ET y el artículo 3 de la Directiva 2002/15, pues en ambas normas la precisión referida a la licencia o autorización administrativa para poder llevar a cabo la prestación de servicios de transporte por carretera es la nota característica que define la exclusión de dicha actividad de las consideradas como plenamente laborales. Precisa, además, que el hecho de que la norma europea no haga referencia expresa a la titularidad o poder de disposición del vehículo carece de relevancia a estos efectos.

9. El órgano judicial remitente de la cuestión entiende que aunque es cierto que el objeto de la Directiva 2002/15 no es definir los conceptos jurídicos de ‘*trabajador por cuenta ajena*’ y ‘*autónomo*’, dicha clasificación sí se muestra como fundamental para la correcta resolución de la cuestión debatida, básicamente por el diferentes régimen de responsabilidades que de ambos tipos de relaciones se derivan. El órgano jurisdiccional entiende que el objetivo de la normas de la unión es armonizar las condiciones de libre ejercicio de la competencia, por lo que los conceptos respectivos de ‘*trabajador móvil*’ y ‘*conductor autónomo*’ deben ser los mismos en todos los estados miembros de la Unión.

El órgano judicial proponente de la cuestión suspende el procedimiento y formula la correspondiente cuestión prejudicial, cuestionando, básicamente, si la definición de “*trabajador móvil*” que implementa la Directiva 2002/15 debe ser interpretada en el sentido de oponerse a una norma legal interna como lo es el artículo 1.3.g) ET que establece que no pueden considerarse como “*trabajadores móviles*” aquellas “*personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizado con vehículos cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten*”.

En las observaciones formuladas por escrito tanto la empresa como el Gobierno español y la Comisión Europea han cuestionado la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada, al entender que el objeto del litigio principal no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/15 y que, por tanto, la interpretación de ésta no resulta necesaria para resolver sobre dicho litigio en vía interna por el órgano jurisdiccional nacional. En definitiva, entiende que la cuestión prejudicial planteada carece de relevancia, porque lo que pregunta no es sustantivo para la resolución del asunto en vía interna, pues la interpretación que se deduce de la Directiva no contradice la legislación interna.

10. El Tribunal afirma que la cuestión prejudicial es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. Ello impone que los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen de un litigio entre partes deben asumir la responsabilidad que supone resolver la cuestión objeto de debate jurídico, correspondiéndoles a ellos exclusivamente la apreciación de si pare ello es necesario plantear una cuestión prejudicial.

Pero el Tribunal de Justicia debe pronunciarse siempre que las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales se refieren a la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión. Ahora bien, puede ser viable no emitir un pronunciamiento directo sobre el fondo del asunto cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad que acontece en el litigio principal, es decir, cuando el problema es de naturaleza hipotética, o bien cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Ello supone, básicamente, que el rechazo de una petición formulada por un órgano jurisdiccional nacional puede justificarse siempre que resulta evidente que el Derecho de la Unión no puede aplicarse, ni directa ni indirectamente, a los hechos que se enjuicia en el procedimiento jurisdiccional principal en el que se plantea la cuestión prejudicial.

11. De lo que se trata, por tanto, es de deducir si en el presente asunto es necesario apreciar si el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que interprete la Directiva 2002/15 sin haber acreditado si las situaciones controvertidas en el asunto principal están comprendidas en el ámbito de aplicación de esa Directiva.

El Tribunal de Justicia precisa que el art. 1 de la Directiva 2002/15 indica que su objeto es establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas que realicen actividades móviles de transporte por carretera, así como mejorar la seguridad vial y aproximar las condiciones de competencia entre los estados miembros, precisando de manera muy concreta que los conceptos jurídicos que utiliza de ‘trabajador móvil’ y de ‘conductor autónomo’ que se definen en el art. 3 de la Directiva 2002/15 no puede desplegar efectos fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

De manera sustantiva precisa que el objeto del litigio principal versa sobre una demanda por despido, pero no tiene por objeto apreciar cuestiones referidas a la ordenación del tiempo de trabajo. Únicamente pretende averiguar si el trabajador afectado en el pleito interno puede considerarse, según la normativa interna, incluido en el ámbito del concepto de ‘trabajador móvil’ y, con ello, empleado por cuenta ajena.

El Tribunal concluye que un litigio como el debatido en el asunto principal no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/15 y que, en consecuencia, los conceptos que se recogen en el artículo 3, letras d) y e), de Directiva no son de aplicación al presente litigio, y que, por tanto, la interpretación de los referidos artículos de la Directiva 2002/15 no resulta necesaria para resolver el litigio principal, procediendo, en consecuencia, a declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales objeto de la petición de decisión prejudicial.

IV. STJUE de 14 de marzo de 2017 [asunto: C-188/15]. *Asma Bougnaoui, c. Micropole SA.*

Decisión prejudicial comunitaria. Despido por utilización de pañuelo islámico mientras se encontraba prestando servicios profesionales.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

12. El litigio versa sobre la legalidad del despido sufrido por una trabajadora que se negaba a dejar de portar el pañuelo islámico que usualmente empleaba cuando prestaba sus servicios laborales en los locales de los clientes de la empresa para la que estaba contratada. La empresa recibe a clientes en sus propias instalaciones pero también desplaza a sus trabajadores a los locales de sus clientes, a fin de que presen en ellos los servicios que ofrecen.

En octubre de 2007 en una feria de estudiantes, antes de su contratación por la empresa, un representante de la misma la informó a la trabajadora de que llevar un pañuelo islámico podría constituir un problema en su relación con los clientes de la empresa. Más tarde, en febrero de 2008 la Sra. Bougnaoui realizó sus prácticas de fin de carrera en dicha empresa, llevando anudado un simple pañuelo, aunque más adelante, durante ésta, ya usaba con naturalidad el pañuelo islámico. Al final del período de prácticas fue contratada (en julio de 2008) por la empresa por tiempo indefinido y a jornada completa en una ocupación que conlleva, por su propia idiosincrasia, la necesidad de relacionarse con clientes de la empresa fuera de los locales de la misma, en los locales de la empresa cliente.

En julio de 2009 fue despedida mediante una carta de despido en la que, básicamente, se enunciaban las críticas que determinados clientes de la empresa habían expresado con respecto al uso del velo islámico por parte de dicha trabajadora, solicitando a la empresa, expresamente, que “no hubiera

velo la próxima vez”. La intimación de los clientes de la empresa eran ciertas, claras e indubitadas, y se referían únicamente a una circunstancia del desarrollo del trabajo, el hecho de que portase un velo islámico.

También se precisaba en la carta de despido las (varias) ocasiones en que la empresa la había advertido a la trabajadora de manera rotunda y diáfana sobre la inoportunidad de que usara el velo islámico, manifestándole siempre el total respeto que la empresa tenía por el ejercicio de sus convicciones religiosas, aunque puntualizando que dada la necesidad laboral que experimentaba de relacionarse con clientes de la empresa, siempre en las dependencias de éstos, no siempre podría portar el velo. La protección de los intereses de la empresa aconsejan, según desarrolla en su carta de despido, imponer una cierta discreción a sus trabajadores en cuanto al desarrollo de su libertad de expresión, especialmente en su relación con los clientes de la misma y en sus centros de trabajo. La empresa pretende dejar claro que la protección de sus intereses empresariales aconseja tomar esta decisión, y que la misma nada tiene que ver con ninguna circunstancia religiosa.

Con carácter previo al despido se mantuvo una reunión con la trabajadora en la que se le expresaban las necesidades de la empresa en este sentido, preguntándole expresamente si podía prescindir del velo cuando se relacionase con los clientes de la empresa. La trabajadora manifestó claramente que no podría atender el requerimiento empresarial, por lo que finalmente se procedió a la extinción de su contrato mediante su despido.

La empresa entiende, en definitiva, que los hechos expuestos justifican la decisión extintiva, al entender que el trabajo se desarrolla principalmente en los locales de los clientes de la empresa y que éstos no desean, por haberlo manifestado así expresamente en varias ocasiones, ser atendido por trabajadoras que portan el pañuelo islámico.

2. El Código de Trabajo Francés aplicable al asunto debatido prevé en su artículo L 1121-1 que *“Nadie podrá imponer a los derechos de las personas ni a las libertades individuales o colectivas restricciones que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea que deba realizarse y que no sean proporcionadas al objetivo perseguido”*.

De manera muy precisa el art. L. 1132-1 de mismo Código precisa que *“Nadie podrá ser excluido de un procedimiento de selección o verse denegado el acceso a unas prácticas o a un período de formación en una empresa.../...despedido.../...por.../...convicciones religiosas, apariencia física...”*, reparando el art. L. 1133-1 que la vigencia de este precepto *“no impedirá las diferencias de trato cuando éstas respondan a un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”*.

13. La Sra. Bougnaoui entendió que su despido era inapropiado y acudió a los tribunales nacionales para la defensa de sus intereses.

La resolución de instancia entendió que la exigencia empresarial estaba justificada por la necesidad que experimentaba su puesto de trabajo de relacionarse con clientes de la empresa que no deseaban ser atendidos por trabajadoras que portaban un pañuelo islámico. Con la decisión se preserva, entiende la resolución, la imagen de la empresa, que debe velar, en todo momento, por no herir las convicciones o susceptibilidades de sus clientes.

La decisión fue apelada, siendo la anterior sentencia confirmada, precisando la resolución confirmatoria, en concreto, que el despido de la trabajadora no nacía de una discriminación por razón de sus convicciones religiosas, y que la restricción que imponía la empresa a la utilización del pañuelo islámico estaba justificada para no interferir en los derechos de sus clientes. Ambas resoluciones desligan el problema de la utilización del pañuelo islámico en la empresa de cualquier tipo de manifestación religiosa, subrayando que la empresa no ejerce una discriminación por este motivo.

La trabajadora recurrió en casación dicha resolución. El Tribunal después de narrar el estado de la doctrina con respecto a la discriminación por origen étnico y racial, indica que todavía no se ha pronunciado expresamente sobre si la normativa comunitaria da cobertura a la situación fáctica enjuiciada en su ordenamiento jurídico interno, por lo que plantea la correspondiente cuestión prejudicial.

14. El Tribunal de Justicia entiende que la Directiva en cuestión no define qué ha de entenderse por “*religión*” a fin de apreciar el ámbito de proscripción de la norma, para lo que acude al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en cuyo artículo 9 se dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

El Tribunal entiende que el ámbito de proscripción de las manifestaciones religiosas tiene que interpretarse de acuerdo a los principios generales del Derecho de la Unión, y, muy en particular, de lo expresado en el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando asume que el derecho a la libertad religiosa implica la posibilidad de manifestar la profesión de dicha fe tanto en público como en privado.

Es decir, el Tribunal asume que tanto el CEDH como la Carta recogen una acepción amplia del concepto de ‘religión’, por lo que la normativa de la Unión debe seguir ese mismo camino interpretativo, particularmente en dos direcciones, entendiéndose que dicha libertad abarca tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener (las propias) convicciones, como el *forum externum*, es decir, la manifestación pública de dicha fe religiosa. En definitiva, que el ámbito de cobertura de la norma comunitaria abarca tanto aspectos íntimos y personales como externos y públicos.

El Tribunal precisa que “*en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante*”, y que dicha circunstancia únicamente puede erigirse en determinante cuando se relacione con “*la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate*” o se vincule al “*contexto en que se lleve a cabo*”.

El concepto de “*requisito profesional esencial y determinante*” viene determinado tanto por la naturaleza de la actividad profesional que se realice, como por el contexto en que se desarrolle la referida actividad, pero para concretar esta determinación no cabe acudir a “*consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente*” para integrar el concepto jurídico.

Por lo que, en definitiva, procede responder a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal remitente entendiéndose que la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que “*la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición*”.

CONTROL JUDICIAL DE LA VALIDEZ DEL CONVENIO
ARBITRAL EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN: SENTENCIA
NÚM. 409/2017 DE 27 DE JUNIO DEL TRIBUNAL SUPREMO*

ARBITRATION AGREEMENT AND STANDARD FORM
CONTRACTS: JUDGEMENT NUMBER 409/2017 OF 27TH JUNE
OF THE SPANISH SUPREME COURT

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho procesal
Universidad de Valencia*

PABLO QUINZÁ REDONDO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 31.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4135>

Resumen: La sentencia núm. 409/2017 del Tribunal Supremo aborda la posible aplicación de un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión en un asunto sobre la nulidad de contratos financieros SWAP y PUT. En particular, se aborda el alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral, así como las propias cuestiones cubiertas por el mismo.

Palabras clave: arbitraje, contratos de adhesión, convenio arbitral.

Abstract: Judgment number 408/2017 of the Spanish Supreme Court deals with the potential application of an arbitration agreement in the case of a standard form contract. In particular, it focuses on the jurisdiction of the judge to interpret the arbitration agreement and on the questions that are covered by the arbitration agreement itself.

Keywords: arbitration, standard form contract, arbitration agreement.

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de los hechos y de los fallos de las sentencias de instancias anteriores. III. Cuestiones jurídicas controvertidas. 1. El alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral. 2. Cuestiones cubiertas por el convenio arbitral. IV. Reflexión final.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO 2016-74945R (Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia) y Grupo de investigación en mediación y arbitraje (MEDARB) (Proyecto GVA Prometeo II 2014/081 y MICINN DER 2013-44749-R).

I. Introducción

1. El 27 de julio de 2017 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó la sentencia núm. 409/2017¹ por la que declaraba que un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión necesita, para su efectivo cumplimiento, que conste la voluntad “explícita, clara, determinante e inequívoca” del adherente de querer someter los litigios en cuestión a arbitraje. El Tribunal Supremo viene así a confirmar las sentencias dictadas en primera y segunda instancia en un litigio en el que el demandante había acudido a la jurisdicción ordinaria para solicitar la nulidad de sendos contratos de derivados financieros con la modalidad SWAP y PUT, mientras que el demandado consideraba que tales cuestiones debían someterse a arbitraje, al haberse así dispuesto en el convenio arbitral contenido en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

2. La sentencia en cuestión aborda específicamente la potencial aplicación de la cláusula arbitral en un contrato de adhesión respecto de contratos diferenciados y con entidad propia al CMOF, como son los contratos SWAP y PUT, respecto de los que se solicita su anulación por vicios del consentimiento. Pero empecemos por resumir los hechos así como los fallos de las sentencias de instancias anteriores (II) para después abordar las cuestiones jurídicas más controvertidas, como son el alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral y el alcance de la propia cláusula de sumisión a arbitraje respecto de las materias que han sido sometidas –o no– a este mecanismo de resolución de conflictos², para concluir con una reflexión final (IV) a tenor de lo establecido por el Tribunal Supremo.

II. Descripción de los hechos y de los fallos de las sentencias de instancias anteriores

3. El litigio en cuestión enfrentaba a la empresa Agrumexport, S.A. (demandante) y al Banco Popular, S.A. (demandado) al solicitar el primero de ellos la nulidad de sendos contratos financieros de SWAP y PUT –con carácter alternativo y subsidiario, únicamente la modalidad del contrato PUT– por concurrir vicios del consentimiento derivados de la falta de información detallada respecto de los riesgos asociados a dichas operaciones, dejándose pues sin efecto todas las posibles deudas o cargos a favor del Banco Popular. La demanda fue presentada en Mayo de 2010 ante el Juzgado de Primera instancia de Murcia. Por su parte, el Banco Popular planteó declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, toda vez que el convenio arbitral establecía que “toda controversia o conflicto que se derive del presente contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá a arbitraje”. Dicha declinatoria fue desestimada, dictándose finalmente sentencia en primera instancia, en junio de 2013, en la que se estimó parcialmente la demanda de Agrumexport, al declararse únicamente la nulidad del contrato PUT.

4. Como es lógico, el Banco Popular recurrió dicha sentencia en apelación impugnando la desestimación de la declinatoria. La Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de julio de 2014³, estableció expresamente, respecto de los contratos financieros de SWAP y PUT, que “la acción nuclear ejercida en el escrito de demanda es la nulidad...de manera que no cabe considerar que este punto hubiera sido objeto de sumisión a arbitraje...”, es decir, se diferenció claramente la interpretación, cumplimiento y ejecución del CMOF –cuestiones todas ellas que las partes habían pactado someter a arbitraje– de las cuestiones relativas a la validez de los contratos financieros SWAP y PUT, a las que no hacía referencia el convenio arbitral y, por tanto, no podían entenderse incluidas como materia objeto del arbitraje. Res-

¹ Sentencia núm. 409/2017 de 27 junio. RJ 2017\3021.

² F.G PROL PÉREZ destaca el reconocimiento que realiza el Tribunal Supremo en esta sentencia de la validez del arbitraje como método de solución de disputas, criticando, a su vez, que algunos tribunales se hayan referido al arbitraje en términos no tan halagüeños, como por ejemplo el TSJ de Madrid, en su sentencia 63/2015 de 15 de septiembre, donde señala que “la decisión de someterse a arbitraje limita el derecho a la tutela judicial efectiva”. F.G PROL PÉREZ, “La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)”, *Diario La Ley*, núm. 9070, Sección Tribuna, 27 de Octubre de 2017.

³ Sentencia núm. 302/2014 de 7 julio. JUR 2015\4043.

pecto de los productos financieros, la Audiencia Provincial recordó que la demandante es una empresa dedicada a la producción de zumos naturales para la exportación, no familiarizada con los productos financieros, por lo que pese a no poder ser calificada como consumidor⁴ de conformidad con el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido para la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios⁵, debía haber contado con una mayor asistencia por parte del Banco Popular, en el sentido de haberle proporcionado esta última información detallada y suficiente sobre los posibles riesgos y beneficios de los productos que contrataba, cosa que no tuvo lugar. La Audiencia Provincial, por tanto, confirmó la sentencia dictada en primera instancia, recalcando la existencia de un vicio del consentimiento derivado, precisamente, de dicha desinformación.

III. Cuestiones jurídicas controvertidas

5. Una vez descritos los hechos y habiendo hecho referencia a los fallos de las sentencias de primera y segunda instancia, es turno de analizar la sentencia del Tribunal Supremo. Para ello, tal y como distingue el propio tribunal se abordará, por un lado, el alcance del análisis que el juez ordinario puede hacer del convenio arbitral (1) y por otro, si el acuerdo de sumisión a arbitraje incluye la materia objeto de la controversia (2).

1. El alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral

6. Una de las primeras cuestiones que se plantean en la sentencia es la problemática de hasta qué punto y con qué profundidad pueden los órganos jurisdiccionales realizar un enjuiciamiento sobre el convenio arbitral en el sentido de si únicamente deben comprobar la existencia de tal convenio –para, en su caso, estimar la declinatoria– o si, por el contrario, no siendo éste válido, eficaz o aplicable –es decir, realizándose una valoración completa del mismo–, puede un juez rechazar la declinatoria y continuar conociendo del proceso sin que el propio árbitro haya decidido sobre su propia competencia. Para ello, el Banco Popular pone en liza el art. 11 de la Ley de Arbitraje y los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, referentes a la obligación de las partes de acudir a arbitraje si así lo han acordado en el convenio arbitral y la necesidad de plantear declinatoria si una de las partes hubiera acudido a la vía judicial, así como el art. 22 de la también Ley de arbitraje, que establece expresamente que los árbitros estarán facultados para “decidir sobre su propia competencia” (regla que la doctrina ha bautizado con la denominación alemana de principio *Kompetenz-Kompetenz*) así como respecto de la existencia o validez del convenio arbitral. Al respecto de este último aspecto, la Audiencia Provincial de Ciudad Real confirma que la posible declaración de nulidad de un convenio por su invalidez o inexistencia, no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral, pues éste es independiente del resto de estipulaciones del contrato⁶. Ello conlleva que el contrato podría subsistir sin el convenio arbitral. Y viceversa, un convenio arbitral puede considerarse válido aun cuando el contrato en el que estuviera inserto hubiera sido declarado nulo.

⁴ “Téngase en cuenta que una sociedad mercantil actúa en el marco de su actividad empresarial no solo cuando lleva a cabo los actos propios de su objeto social, sino también cuando desarrolla otras conductas cuya finalidad es propiciar tales actos, ya sea para establecerse, para aprovisionarse, para contratar personal o para financiarse” (SSTS, Sala primera, de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 1223), F.D. 2º y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 2008, 472), F.D. 7º).

⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁶ El TSJ de Cataluña, en el FJ 5º de su sentencia 26/2013, de 4 de abril, (RJ 2013\6382), alude al tratamiento y protección que debe otorgarse a un consumidor y a un profesional, pues si bien es cierto que los consumidores tienen un mayor grado de protección contra las cláusulas abusivas en los términos establecidos en el art. 82.1 TRLGDCU, puede existir una situación de desigualdad notoria entre no consumidores –profesionales y empresas– como consecuencia del abuso de posición de dominio de la entidad de crédito. En consecuencia, trae a colación la Exposición de Motivos de la LCGC, donde se establece que la protección de la igualdad de los contratantes es “presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales”, además de “uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”. Por ello, con independencia de la calidad de consumidor o profesional, ambos deben quedar protegidos por el ordenamiento contra cualquier posible abuso derivado de un contrato de adhesión. En la misma línea encontramos la SAP de Madrid, 4 de junio, F.J. 4º (JUR/2008/212147).

⁶ SAP Ciudad Real (Sección 2ª), 30 de junio (JUR/2017/218275), F.J. 8º.

7. Por tanto, el art. 22 de la Ley de arbitraje desarrolla la alegación de las excepciones, con la finalidad obvia de evitar que el arbitraje se desarrolle con vicios que posteriormente desemboquen en la anulación no solo del laudo sino también del proceso y, por ende, se frustre la eficacia del propio arbitraje⁷. En este sentido, iniciado un procedimiento arbitral, los árbitros son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, siendo que su propia decisión solamente puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, de conformidad con el art. 41 de la Ley de arbitraje. *Sensu contrario*, iniciado un proceso judicial, el juez no puede apreciar de oficio su falta de jurisdicción, pues ésta debe plantearse mediante declinatoria basada en la existencia de un convenio arbitral⁸.

8. Para resolver dicha cuestión, el Tribunal Supremo reflexiona acerca de las posibles interpretaciones sobre la “competencia para decidir sobre la propia competencia”, que constituyen, en esencia, la clave de la cuestión. Así, por un lado, de acuerdo con la “tesis fuerte”, la mera existencia de un convenio arbitral debe llevar aparejada la consecuente estimación de la declinatoria, y la vía judicial solo entrará de nuevo en juego, en su caso, cuando los propios árbitros decidan sobre su propia (in)competencia a tenor de dicho convenio. En la “tesis débil”, sin embargo, se entiende que el juez puede realizar un análisis más profundo sobre la posible invalidez, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral y dándose alguna de dichas circunstancias, deberá entonces rechazar la declinatoria para entrar, correlativamente, a resolver el fondo de la cuestión.

9. Esta última tesis es la seguida por el Tribunal Supremo y sobre la que precisamente se cimienta la resolución que se está analizando: se entiende que el convenio arbitral no cubre la disputa en cuestión –a ella haremos referencia en el epígrafe siguiente– y, por ello, resulta perfectamente lógica la desestimación de la declinatoria y posterior resolución del fondo del asunto. ¿Qué argumentos da el Tribunal Supremo para justificar su preferencia por la “tesis débil”? Lejos de ofrecer un listado de argumentos –más allá de indicar que, si el legislador así lo hubiera deseado, habría mostrado su inclinación por la “tesis fuerte” en la ley española de arbitraje– se hace referencia a diversa normativa internacional reguladora del arbitraje para evidenciar la preferencia respecto del enjuiciamiento previo por parte del juez en relación con la validez, eficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral: el art. II.3 de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, el art. 8.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985 y el Reglamento 1215/12012 (Reglamento Bruselas I bis), que aunque no incluye en su ámbito de aplicación material el arbitraje, sí hace referencia al mismo en el art. 1.2.c). En efecto, tanto el Convenio de Nueva York como el Reglamento permiten al órgano judicial –del país en el que se trata de hacer valer el convenio arbitral o el competente, respectivamente–, comprobar si el acuerdo que da origen al arbitraje es “nulo, ineficaz o inaplicable”.

10. En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el juez ha de realizar un análisis global respecto de la validez, eficacia y aplicación del convenio arbitral para estimar o desestimar la declinatoria y, en su caso, continuar resolviendo el asunto. Es por ello que resulta pertinente plantearse, es decir, qué cuestiones se entendían cubiertas por el convenio arbitral que concluyeron ambas partes.

2. Cuestiones cubiertas por el convenio arbitral

11. Como acabamos de indicar, la segunda cuestión controvertida analizada por el Tribunal Supremo es la interpretación del convenio arbitral, que disponía expresamente “Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de equidad”.

⁷ V. GUZMÁN FLUJA, “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en S. BARONA VILAR, (ed.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 806. El autor prosigue en las páginas 810-814 a analizar en profundidad el significado y alcance de este principio *Kompetenz-Kompetenz*.

⁸ M. F. VÁSQUEZ PALMA, “Comprensión del principio “Competencia-Competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral o ineficacia del acuerdo arbitral”, *Revista chilena de Derecho Privado*, núm. 15, 2010, p. 182 y M. GÓMEZ GENE, *El arbitraje internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000, p. 104.

12. De acuerdo con el Banco Popular, dicho convenio debía aplicarse a la materia objeto de la controversia por dos motivos. Primero, porque los contratos cuya nulidad ha sido solicitada (SWAP y PUT) son contratos concertados en ejecución del CMOF, cuestión esta última (“la ejecución”) incluida en la cláusula de sumisión a arbitraje. En segundo lugar, con carácter general, debido al efecto “onmi-comprendido” y “expansivo” del convenio arbitral, tanto porque el convenio arbitral se refiere a “Toda controversia o conflicto...”, como porque, de acuerdo con cierto sector jurisprudencial, la sumisión a arbitraje puede extenderse a cuestiones relacionadas con la eficacia del acuerdo cuando el pacto inicial se limitaba a su interpretación o cumplimiento. En ambos casos se toma como referencia el art. 1284 Cc, referente a la interpretación del negocio en cuestión –en este caso, el convenio arbitral–, de manera que éste produzca efecto, y se rehúsa la aplicación del art. 1288 Cc, sobre la interpretación de cláusulas oscuras. Ambos motivos son desestimados de forma rotunda por el Tribunal Supremo, de una manera entrelazada y poniendo el énfasis en una de las características esenciales del arbitraje como es la voluntariedad de las –ambas– partes.

13. Así, en primer lugar, se resalta la importancia de que el convenio arbitral no fue incluido como resultado de la negociación de las partes, sino propuesto por una de ellas y aceptado por la otra, es decir, contenido en un contrato de adhesión. Ello no resulta, desde luego, baladí. En este sentido, de acuerdo con el art. 9.2 de la Ley de Arbitraje “Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato”, a lo que cabe añadir también, las normas generales de la contratación. De la normativa sobre condiciones generales de la contratación, recogida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación⁹ no se desprende la inadmisibilidad de las cláusulas de sumisión a arbitraje en los contratos de adhesión, ni aquellos celebrados con profesionales o empresarios ni tampoco aquellos formalizados con consumidores, siempre y cuando no haya una imposición del arbitraje con exclusión de la vía jurisdiccional, pues ello sería contrario a la esencia del arbitraje, además de suponer una vulneración del art. 24.1 CE¹⁰, pudiendo ser dicha cláusula declarada nula por abusiva¹¹. Por tanto, el art. 9.2 de la Ley de arbitraje debe ser completado con las exigencias formales establecidas en los arts. 5 y 7 de la LCGC de la cláusula de sumisión, cuya redacción debería integrar, de forma completa y bajo criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, los elementos esenciales que el adherente deba conocer, con la finalidad de que la propia redacción no pueda ser tildada de ilegible, ambigua, oscura o incomprensible.

14. Es aquí donde el art. 1288 Cc entra en escena. Un artículo que, sorprendentemente, menciona el Banco Popular a su favor, pero que en realidad debe ser interpretado de manera opuesta: fue él mismo quien introdujo/propuso tal cláusula, quien de haber “oscuridad” alguna la provocó, por lo que la interpretación del convenio arbitral no debería favorecerle a él. Pero además, el hecho de que se trate de un convenio arbitral contenido en contrato de adhesión y no en un contrato concluido por negociación de ambas partes implica, como el Tribunal Supremo indica en la sentencia que “...la interpretación elástica del convenio arbitral (en los contratos de adhesión)...no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje...de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción”.

15. En suma, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que aúna el criterio contenido en el art. 1288 CC con el art. 6.2 LCGC –establecido en idéntico sentido–, permite confirmar que el Tribunal basa su argumentación en el principio de interpretación del consentimiento *contra proferentem*, en lugar de los principios de la buena fe y de interpretación efectiva¹².

⁹ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

¹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre de 1995 (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995), FJ. 3º.

¹¹ SAP de Valencia, 3 de octubre de 2005 (AC 2005\1914), F.D. 2º.

¹² Sobre estos principios, véase, M. GÓMEZ GENE, “El Convenio Arbitral: Statu Quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2017, vol. 9, núm. 2, p. 10

16. La siguiente cuestión relevante se refiere a si del contenido literal del convenio arbitral puede inferirse que se incluye la nulidad de los contratos financieros SWAP y PUT. Así, mientras que el Banco Popular argumenta la estrecha relación entre dichos contratos y el CMOF, lo cierto es que el Tribunal Supremo insiste –pese a no negar tampoco la reglamentación común del CMOF respecto de las cuestiones no incluidas específicamente en los SWAP y PUT– en su “sustantividad negocial diferenciada”, en el sentido de que para haber sometido a arbitraje la nulidad de dichos contratos, debía haberse pactado nueva y expresamente tal sometimiento. Así pues, el hecho de que el CMOF quede sujeto a arbitraje no conlleva ni implica que los demás contratos que puedan derivarse del mismo también lo hagan, pues el arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes, por lo que resulta cuanto menos obvio que éstas deban pactarlo expresamente y que su voluntad quede recogida de forma clara, especialmente cuando estamos ante contratos de adhesión¹³.

17. El carácter individualizado de tal cuestión se justifica por el Tribunal Supremo de la siguiente manera: por un lado, resulta perfectamente posible, como es el caso, que se declare la nulidad del contrato financiero SWAP y CMOF y, por otro, es importante destacar que este último también posee un contenido propio y diferenciado respecto de los contratos financieros a que estamos haciendo mención. Lo anterior justifica que tampoco pueda ser aceptado el argumento introducido por el Banco Popular respecto del art. 1284 Cc, pues no se está pretendiendo dejar sin efecto el convenio arbitral, sino limitar su aplicación a aquellas controversias que se entiende que el adherente aceptó claramente.

18. En definitiva, el Tribunal Supremo, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 136/2010, de 2 de diciembre¹⁴, consideró que el convenio arbitral no abarcaba la nulidad de los contratos financieros de productos SWAP y PUT, tanto porque del tenor literal de tal convenio no se desprendería una voluntad “explícita, clara, terminante e inequívoca” de querer someter a arbitraje tales cuestiones, como porque tratándose de un contrato de adhesión el “efecto expansivo” del convenio arbitral debía ser entendido de manera limitada, esto es, no incluyendo cuestiones distintas –a la interpretación, cumplimiento y ejecución del CMOF– a las expresamente contempladas en el propio convenio arbitral y, por ende, aceptadas por ambas partes.

IV. Reflexión final

19. La sentencia que acabamos de analizar pone en tensión uno de los principios esenciales del arbitraje respecto de un contrato en particular. Así, el binomio voluntariedad-contratos de adhesión manifiesta ciertas dificultades prácticas derivadas, por un lado, de la necesidad de que las partes acepten someterse a arbitraje y, por otro, de las singularidades propias de los contratos que son dispuestos por una de las partes y aceptados por la otra. Así, en los contratos de adhesión no puede darse por hecho y aceptar la interpretación elástica o expansiva del convenio arbitral, en el sentido de abarcar no solo aquellas cuestiones claramente pactadas –como son su interpretación o cumplimiento– sino también aquellas

¹³ En contra de la doctrina jurisprudencial por la que se entiende que el CMOF y los contratos de SWAP y PUT pueden entenderse contratos separados e individuales, se sitúa PROL PÉREZ, afirmando que “Desde un punto de vista práctico; lo cierto y verdad en este tipo de operaciones, es que las partes que intervienen en las mismas, no piensan más que en una sola operación, sin diferenciar entre CMOF y la “confirmación” que lo desarrolla”, añadiendo que “parece claro que las partes quieren dar al CMOF el carácter de marco regulador de la operación que realizan, ya que se dota a dicho contrato de efecto retroactivo, a los efectos de que las Confirmaciones queden “amparadas” por el CMOF. (...) todo parece indicar que las partes (...) pretenden con esta atribución, que se establezca la conjunción entre el CMOF y las Confirmaciones, necesaria para la debida precisión de los términos y condiciones de la operación de swap que están de acuerdo en celebrar”. Por tanto, considera que las partes no estaban firmando operaciones distintas, no llegando a entender esta “sustantividad negocial diferenciada” que establece el Tribunal Supremo, considerando que en todo caso existiría una “singularidad documental”. F. G. PROL PÉREZ, “La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)”, *op. cit.*

¹⁴ Precisamente, el FJ 2º de la sentencia establece que el carácter irrenunciable e indisponible del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 de la Constitución, no excluye la posibilidad de una renuncia voluntaria y transitoria del ejercicio de las acciones en sede judicial, siempre y cuando dicha renuncia se haga de manera “explícita, clara, terminante e inequívoca”.

intrínsecamente relacionadas –como es, por ejemplo, su eficacia–, dado que este tipo de contratos requiere, más si aún cabe, que sea evidente y manifiesta la voluntad de ambas partes de querer someterse a dicho mecanismo de resolución de conflictos. En este sentido, consideramos que el Tribunal Supremo ha resuelto acertadamente la controversia posicionándose a favor de Agrumexport, ya que del tenor literal del convenio arbitral no podía inferirse una voluntad de sometimiento a arbitraje respecto de la nulidad de los contratos financieros SWAP y PUT.

20. Sin embargo, las bondades de la sentencia se acompañan de algunos aspectos que, quizás, podrían haberse abordado de manera distinta o más profunda. Así, por ejemplo, consideramos que hubiera sido conveniente analizar con mayor detalle la relación, desde un punto de vista sustantivo, entre el CMOF y los contratos financieros SWAP y PUT, ya que pese a que el Tribunal Supremo afirma con rotundidad que todo ellos son perfectamente individualizables, lo cierto es que ambos –CMOF por un lado y SWAP y PUT, por otro–, presentan una “regulación contractual común”, como expresamente se indica en la sentencia. Es cierto que lo que solicita Agrumexport es la nulidad y no la “interpretación, cumplimiento y ejecución” y, por tanto, resulta relativamente claro que tal cuestión no se encontraba cubierta por la cláusula de sumisión a arbitraje, aunque consideramos que una mayor distinción de ambos contratos habría enriquecido, todavía más, la posición del Tribunal Supremo.

21. En último lugar, finalizaremos por donde hemos comenzado: ¿puede un juez realizar un enjuiciamiento detallado respecto de la invalidez, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral para, dándose alguna de dichas circunstancias, rechazar la declinatoria y continuar con el proceso? La respuesta a dicha cuestión constituye también uno de los aspectos que más controversia puede generar. Así, pese a que la normativa internacional en la materia parece inclinarse por la “tesis débil”, el encaje con el contenido del art. 22 de la Ley arbitraje no termina de perfilarse. Por tanto, aunque en el Fundamento de Derecho III, punto 7, se indique que “lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral... los árbitros... son competentes para pronunciarse sobre sus propia competencia”, lo cierto es que ello solo tendrá lugar si, previamente, una de las partes no ha iniciado un proceso judicial, pues de ser así, ya hemos visto que el juez ordinario puede realizar una valoración global respecto del convenio arbitral para, de no ser éste aplicable, entrar a conocer del asunto.

22. En conclusión, nos encontramos con una sentencia de una calidad notable en términos generales respecto de su fundamentación jurídica, pero que podría haber desarrollado con más detenimiento algunas cuestiones para justificar, todavía más, la no extensión de la cláusula arbitral contenida en el contrato de adhesión al objeto de la controversia.

LAS PARTES VINCULADAS POR EL ACUERDO DE ELECCIÓN
DE FORO. NOTA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 28 DE JUNIO
DE 2017, LEVENTIS Y VAFEIAS, AS. 436/16*

THE PARTIES BOUND BY THE FORUM SELECTION CLAUSE.
COMMENTARY TO THE ECJ JUDGMENT OF 28 JUNE 2017,
LEVENTIS Y VAFEIAS, C. 436/16

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Sevilla

Recibido: 10.01.2018 / Aceptado: 25.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4136>

Resumen: En esta Sentencia se analiza si una cláusula atributiva de competencia inserta en un contrato celebrado entre dos sociedades puede ser invocada por los representantes de una de ellas, a fin de negar la competencia de un tribunal para conocer de una demanda de indemnización en la que se solicita que se declare la responsabilidad solidaria de dichos representantes, por actos supuestamente delictuales realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones. La conclusión del TJUE es que dicha cláusula sólo puede producir efectos, en principio, entre las partes que acordaron celebrar el contrato.

Palabras clave: cláusula atributiva de competencia; efectos frente a terceros.

Abstract: This Judgment refers to whether a jurisdiction clause in a contract between two companies can be relied upon by the representatives of one of them to dispute the jurisdiction of a court over an action for damages which aims to render them jointly and severally liable for supposedly tortious acts carried out in the performance of their duties. The conclusion of the ECJ is that a jurisdiction clause may, in principle, produce effects only in the relations between the parties who have given their agreement to the conclusion of the contract.

Keywords: jurisdiction clause; third parties effects.

Sumario: I. Presentación de la STJUE de 28 de junio de 2017, Leventis y Vafeias, as. 436/16. 1. Hechos. 2. Cuestión prejudicial. II. Análisis de la STJUE de 28 de junio de 2017, Leventis y Vafeias, as. 436/16. 1. La posición del art. 23 del Reglamento 44/2001 en la estructura jerárquica de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional. 2. La existencia, validez y alcance del acuerdo atributivo de competencia. 3. Los sujetos vinculados por el acuerdo atributivo de competencia. 4. La posible inconciliabilidad de resoluciones.

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D+I DER 2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y de Competitividad.

I. Presentación de la STJUE de 28 de junio de 2017, Leventis y Vafeias, as. 436/16¹

1. La Sentencia objeto de comentario se dicta a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia), mediante resolución de 7 de julio de 2016, en el marco de un litigio entre, por una parte, los Sres. Georgios Leventis y Nikolaos Vafeias, representantes de Brave Bulk Transport Ltd., sociedad de fletamento marítimo, y, por otra parte, Malcon Navigation Co. Ltd. El litigio se origina a raíz de una demanda de indemnización que Malcon Navigation Co. Ltd. presentó contra Brave Bulk Transport Ltd. y contra los representantes de Brave Bulk Transport, solidariamente.

2. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 23.1 del Reglamento (CE) N.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

1. Hechos

3. Malcon Navigation es una sociedad con domicilio estatutario en Malta y sede real en Marusi (Grecia), que es propietaria de un buque con pabellón maltés denominado *Sea Pride*. Brave Bulk Transport es otra sociedad con domicilio estatutario en Malta y sede real en Marusi (Grecia), a la que los Sres. Leventis y Vafeias se encuentran vinculados: el Sr. Leventis es miembro único del consejo de administración y representante legal; y el Sr. Vafeias es director general único y representante efectivo. Estos señores residen en El Pireo y en Cefisia (Grecia), respectivamente.

4. El 9 de junio de 2006, Malcon Navigation celebró un contrato de fletamento con Brave Bulk Transport, en virtud del cual la primera fletó el buque *Sea Pride* a la segunda. A continuación, Brave Bulk Transport subfletó el buque al Ministerio de Comercio iraquí para el transporte de un cargamento de trigo desde Hamburgo (Alemania) a Irak. Y el problema surgió porque el buque fue devuelto con cinco meses de retraso con respecto al plazo fijado en el contrato de fletamento.

5. El 17 de febrero de 2007, Malcon Navigation inició un procedimiento de arbitraje en Londres (Reino Unido) contra Brave Bulk Transport, para obtener una indemnización por los gastos de sobrestadía y el flete pendiente de pago. Por su parte, Brave Bulk Transport presentó una demanda de indemnización contra el Estado iraquí, pues el retraso en la devolución del buque a Malcon Navigation se había debido al retraso del Estado iraquí en devolver el buque a Brave Bulk Transport.

6. El 14 de noviembre de 2007, Malcon Navigation y Brave Bulk Transport firmaron un documento privado en el que acordaron que el procedimiento arbitral pendiente se suspendería durante seis meses, que Brave Bulk Transport mantendría informada a Malcon Navigation del desarrollo del procedimiento iniciado contra el Estado iraquí y que, en caso de acuerdo transaccional con este último, Malcon Navigation recibiría un 20 % como mínimo de la cantidad abonada por el Estado iraquí a Brave Bulk Transport. En el art. 10 de este acuerdo se estipuló que se regiría por el Derecho inglés y que *“todo litigio que se derive del mismo o que se relacione con él será de la competencia exclusiva de la High Court of Justice (England & Wales)”*.

7. En noviembre de 2008, Malcon Navigation tuvo conocimiento de que Brave Bulk Transport había celebrado el 20 de mayo de 2008 un acuerdo transaccional con el Estado iraquí y había recibido la cantidad fijada en dicho acuerdo. Malcon Navigation decidió entonces continuar con el procedimiento de arbitraje y obtuvo el 29 de septiembre de 2009 un laudo arbitral que le atribuía una indemnización. No obstante, se encontró en este momento con que Brave Bulk Transport carecía de activos para hacer efectiva la indemnización, lo cual dio origen al litigio del que trae causa la cuestión prejudicial objeto de análisis.

¹ ECLI:EU:C:2017:497.

8. Malcon Navigation acusó a los representantes de Brave Bulk Transport de haber despojado a esta última de sus activos, impidiendo así que pudiera cobrarse la indemnización. El 22 de septiembre de 2010, Malcon Navigation presentó ante el Polymeles Protodikeio Peiraios (Tribunal de Primera Instancia del Pireo, Grecia) una demanda de indemnización contra Brave Bulk Transport y sus representantes basada en los artículos 71 y 926 del Código Civil, en la que solicitó que se reconociera la responsabilidad solidaria de estos representantes por la comisión de actos delictuales.

9. En virtud de la cláusula de prórroga de competencia que figuraba en el acuerdo de 14 de noviembre de 2007, dicho Tribunal desestimó el recurso en lo que respecta a Brave Bulk Transport, pero se declaró competente en relación con los representantes de la sociedad y estimó la demanda en cuanto al fondo. El Efeteio Peiraios (Tribunal de Apelación del Pireo, Grecia), ante el que los representantes de Brave Bulk Transport recurrieron en apelación, confirmó la decisión del tribunal de primera instancia. El 31 de julio de 2014, los representantes de Brave Bulk Transport interpusieron un recurso de casación ante el Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia), que ante las dudas que le suscitaba el caso decidió plantear una cuestión prejudicial.

10. El Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia) observó que los tribunales de primera instancia y de apelación se habían declarado competentes para conocer del litigio principal en lo que respecta a los representantes de Brave Bulk Transport, por considerar que la cláusula de prórroga de competencia recogida en el acuerdo de 14 de noviembre de 2007 no vinculaba a estos representantes, que no eran partes en dicho acuerdo. En relación con esta cuestión el Tribunal Supremo señaló que de la jurisprudencia del TJUE se desprende, en principio, que un acuerdo atributivo de competencia sólo es oponible a las partes que lo han celebrado, pero que, excepcionalmente, se ha podido invocar en favor o en contra de una parte en el litigio que era un tercero con respecto al acuerdo en el momento en que se celebró. El Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia) señaló también que en el caso de que sólo alguno de los demandados hubiera dado su conformidad al acuerdo de elección de foro y los asuntos se juzgasen separadamente, existía el riesgo de que se produjesen resoluciones inconciliables, citando el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 para poner de manifiesto como en esta norma se trata de evitar ese resultado cuando hay una pluralidad de demandados.

2. Cuestión prejudicial

11. El Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia) formuló la siguiente cuestión prejudicial: *“Si la cláusula de prórroga de competencia pactada entre dos sociedades, a saber, Malcon Navigation y Brave Bulk Transport, con arreglo al artículo 23, apartado 1, del Reglamento Bruselas I, que en el presente asunto figura en el documento privado de 14 de noviembre de 2007 firmado por ellas, cuyo artículo 10 dispone que “el presente acuerdo se regirá por el Derecho inglés y estará sometido a la competencia judicial de los tribunales ingleses y todo litigio que se derive del mismo o que se relacione con él será de la competencia exclusiva de la High Court of Justice (England & Wales) [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y País de Gales)]”, se aplica igualmente, por las acciones y las omisiones de los órganos que representan a Brave Bulk Transport y hacen nacer la responsabilidad de la misma con arreglo al artículo 71 del Código Civil helénico, a las personas responsables que actuaron en ejercicio de sus funciones y que, según lo dispuesto en este mismo artículo en relación con el artículo 926 del Código Civil helénico, responden solidariamente junto con la sociedad como persona jurídica”.*

II. Análisis de la STJUE de 28 de junio de 2017, Leventis y Vafeias, as. 436/16

1. La posición del art. 23 del Reglamento 44/2001 en la estructura jerárquica de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional

12. El problema que se planteaba en este caso era si una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato, celebrado entre dos sociedades, podía ser invocada también por los representantes

de una de estas sociedades, a fin de impugnar la competencia de los tribunales griegos para conocer de una demanda de indemnización, en la que se solicitaba que se declarase su responsabilidad solidaria por actos supuestamente delictuales realizados en el ejercicio de sus funciones.

13. El TJUE no se refirió expresamente, aunque está implícito en sus valoraciones, a que los Sres. Leventis y Vafeias pretendían valerse del efecto derogatorio de la competencia de los tribunales griegos, que derivaba de un acuerdo exclusivo de elección de foro en favor de los tribunales ingleses. Como se recoge en el texto de la Sentencia, el 14 de noviembre de 2007 Malcon Navigation y Brave Bulk Transport firmaron un documento privado en el que se recogía la siguiente cláusula: “*todo litigio que se derive del mismo o que se relacione con él será de la competencia exclusiva de la High Court of Justice (England & Wales)*”. Se trataba de una cláusula que hacía referencia expresamente al carácter exclusivo del acuerdo, que tiene como efecto derogar la competencia de los tribunales de los Estados miembros que pudieran resultar competentes en base al foro general del domicilio del demandado (art. 2 del Reglamento 44/2001) o a los foros especiales (arts. 5 a 7 del Reglamento 44/2001).

14. El TJUE reflexiona implícitamente, como decíamos, sobre el efecto derogatorio de la competencia que producen los acuerdos exclusivos de elección de foro, refiriéndose al carácter general del foro del domicilio del demandado y a que las excepciones a su aplicación no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente previstos en el Reglamento (p. 32). Los Sres. Leventis y Vafeias habían sido demandados antes los tribunales del lugar de su domicilio y pretendían acogerse al acuerdo de elección de foro para impugnar la competencia de estos tribunales, pretensión que el TJUE, por las razones que veremos, no acogió.

2. La existencia, validez y alcance del acuerdo atributivo de competencia

15. El acuerdo atributivo de competencia se basa en el consentimiento de las partes implicadas. Tal como se señala en la Sentencia objeto de análisis, el juez que conoce del asunto tiene la obligación de examinar, *in limine litis*, que la cláusula atributiva de competencia ha sido fruto de un consentimiento entre las partes, que debe manifestarse de manera clara y precisa. Se añade que los requisitos formales exigidos en el art. 23.1 del Reglamento 44/2001 tienen por función garantizar que el consentimiento de las partes ha quedado efectivamente acreditado (p. 34). En este caso los requisitos de validez formal se habían cumplido, pues en los hechos de la Sentencia se alude a un escrito en el que se había incluido una cláusula atributiva de competencia, que identificaba con total claridad el tribunal del Estado miembro al que se sometían las partes –la *High Court of Justice (England & Wales)*–.

16. La consideración que se hace en esta Sentencia sobre el consentimiento suscita cierto interés en relación con el Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), que ha venido a sustituir al Reglamento 44/2001. Una característica novedosa del Reglamento 1215/2012 es que incorpora una solución expresa para las cuestiones de validez material, de la que carecían tanto el Convenio de Bruselas de 1968 como el Reglamento 44/2001, zanjando así el debate que existía en torno a si la validez de los acuerdos atributivos de competencia venía determinada únicamente por lo dispuesto en la normativa europea, o si podían plantearse cuestiones no resueltas por esta normativa para las que fuera necesario recurrir al derecho nacional aplicable. El debate venía motivado en buena medida por la interpretación que el TJUE ha realizado de los requisitos de validez formal, del que la Sentencia objeto de comentario es una buena muestra, en el sentido de vincular el cumplimiento de tales requisitos con la existencia del consentimiento, que quedaría así acreditado.

17. Algunos autores, en base fundamentalmente a la necesidad de que las normas del Reglamento determinen la competencia judicial internacional de una forma clara, segura y uniforme, habían venido defendiendo el carácter autosuficiente de la regulación relativa a los acuerdos atributivos de com-

petencia². Pero otros autores señalaban que la validez material del acuerdo no podía derivar únicamente del mero cumplimiento de los requisitos formales, ya que ello dejaba sin respuesta los supuestos en que se hubiese producido un vicio en el consentimiento³. Finalmente, y en gran medida por el deseo de mantener el paralelismo de soluciones con el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, se optó por incorporar al Reglamento 1215/2012 una solución expresa para las cuestiones de validez material, consistente en una remisión al derecho del tribunal elegido, normas de conflicto incluidas (*Considerando 20*).

18. Se trata de una solución que puede favorecer la seguridad jurídica, dado que promueve la uniformidad de soluciones, pero cuya aplicación en la práctica nos resulta compleja. Por una parte, y es un aspecto en el que no vamos a entrar aquí, muchos ordenamientos, entre los que se encuentra el nuestro, carecen de una solución clara sobre cómo ha de determinarse la ley aplicable a un acuerdo de elección de foro. Por otra, y este es un aspecto que sí nos interesa por la conexión que puede tener con la Sentencia objeto de comentario, tampoco está claro cuál debe ser el ámbito de aplicación de la ley designada.

19. La doctrina es prácticamente unánime al señalar que la existencia del acuerdo, basada en el consentimiento de las partes implicadas, debe seguir deduciéndose del cumplimiento de los requisitos formales⁴. Las peculiaridades que pudieran existir en los derechos nacionales sobre la prestación del consentimiento y la formación del acuerdo no deberían interferir por tanto en la interpretación autónoma que ha desarrollado el TJUE⁵. Pues bien, la Sentencia objeto de comentario, aunque referida aún al Reglamento 44/2001, tendría el interés interpretativo añadido de que mantiene la anterior línea jurisprudencial en un momento en que ya se encuentra vigente el Reglamento 1215/2012, que incorpora una solución expresa para las cuestiones de validez material.

20. En la medida en que las disposiciones del Reglamento 1215/2012 puedan considerarse equivalentes a las contenidas en los instrumentos precedentes, la interpretación ofrecida por el TJUE sigue siendo válida, tal como este Tribunal se ha encargado de repetir en numerosas ocasiones –también en la Sentencia objeto de análisis, p. 31–. Ciertamente es que ahora se introduce una norma de remisión para las cuestiones de validez material, pero puede apelarse a que los requisitos de validez formal siguen siendo los mismos y ya hemos visto las consecuencias que el TJUE asocia a su cumplimiento.

21. Un aspecto sobre el que no se detiene la Sentencia objeto de comentario es el relativo al alcance del acuerdo atributivo de competencia. Como sabemos, el acuerdo tiene que celebrarse con ocasión de una determinada relación jurídica. El TJCE señaló en su Sentencia de 10 de marzo de 1992,

² En el Informe elaborado por B. HESS, T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER con ocasión de la revisión del Reglamento 44/2001, se planteaba en qué medida era necesaria la referencia al derecho nacional aplicable, considerando la jurisprudencia del TJUE sobre los requisitos de validez formal, aunque se reconocía que esta cuestión estaba dando lugar a soluciones dispares en los Estados miembros “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, 2007, JLS/C4/2005/03, pág. 159, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf. Claramente a favor del carácter autosuficientes de la normativa europea se pronunciaba L. MERRET, “Article 23 of the Brussels I Regulation: a Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2009, Vol. 58, N° 3, págs. 550 y ss.

³ A. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, págs. 245 y ss.; S.P. CAMILLERI, “Article 23: Formal Validity, Material Validity or Both?”, *Journal of Private International Law*, 2011, Vol. 7, N° 2, págs. 309 y ss.

⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 25”, en A. DICKINSON y E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pág. 293; M. HERRANZ BALLESTEROS, “The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, 2014, Vol. 10, N° 2, pág. 302; P. MANKOWSKI, “The Role of Party Autonomy in the Allocation of Jurisdiction in Contractual Matters”, en F. FERRARI y F. RAGNO (eds.), *Cross-Border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a Panacea?*, Wolters Kluwer, Cedam, San Giuliano Milanese, 2015, pág. 104.

⁵ U. MAGNUS, “Art. 25”, en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (eds.), *ECPII. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2016, pág. 627.

Powell Duffryn/Petereit, as. 214/89⁶, que esta exigencia tiene por objeto limitar el alcance de un acuerdo atributivo de competencia a las controversias que traigan causa de la relación jurídica con respecto a la cual se pacta dicho acuerdo, a fin de evitar que una parte contratante resultase sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que pudieran darse en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante y que podrían derivar de relaciones distintas de aquella con motivo de la cual se pactó el acuerdo (p. 31). Se dijo también en esta Sentencia que el alcance de la cláusula en relación con los litigios que pudieran derivar de una determinada relación jurídica es una cuestión de interpretación que corresponderá resolver al juez (p. 33). En la Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa/Dentalkit as. 269/95⁷, se volvió a reflexionar sobre cómo ha de determinarse el alcance de una cláusula atributiva de competencia, insistiéndose en la idea de que es al Juez nacional a quien corresponderá resolver esta cuestión (p. 31).

22. Pues bien, en relación con el alcance de la cláusula atributiva de competencia se ha venido suscitando la duda de si pueden extenderse a reclamaciones de carácter extracontractual que surgiesen en relación con el contrato en que se contienen⁸. Recientemente, en la Sentencia de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, as. 352/13⁹, el TJUE se ha referido a esta cuestión. Se ha vuelto a reiterar que corresponde al juez nacional interpretar la cláusula atributiva de competencia para determinar las controversias comprendidas en su ámbito de aplicación (p. 67), así como que la cláusula sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una determinada relación jurídica, con ocasión de la cual se estipuló la cláusula (p. 68). Y se añade, como aspecto novedoso, que el tribunal remitente deberá considerar, en especial, que una cláusula atributiva de competencia que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales, no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito, toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a la cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante (pp. 69-70).

23. En los hechos de la sentencia objeto de comentario se refiere que Malcon Navigation y Brave Bulk Transport firmaron un documento privado en el que acordaron que el procedimiento arbitral pendiente se suspendería durante seis meses, que Brave Bulk Transport mantendría informada a Malcon Navigation del desarrollo del procedimiento iniciado contra el Estado iraquí y que, en caso de acuerdo transaccional con este último, Malcon Navigation recibiría un 20 % como mínimo de la cantidad abonada por el Estado iraquí a Brave Bulk Transport. Como sabemos, en el marco de este acuerdo se estipuló una cláusula que decía que “*todo litigio que se derive del mismo o que se relacione con él será de la competencia exclusiva de la High Court of Justice (England & Wales)*”. Posteriormente, Malcon Navigation presentó ante los tribunales griegos una demanda de indemnización contra Brave Bulk Transport y sus representantes basada en los artículos 71 y 926 del Código Civil, en la que solicitaba que se reconociera su responsabilidad solidaria por la supuesta comisión de actos delictuales, acusando a los representantes de Brave Bulk Transport de haber despojado a esta última de sus activos para impedir que Malcon Navigation cobrara la indemnización que le había sido reconocida en el procedimiento arbitral. El TJUE no se pronunció expresamente sobre el alcance de la cláusula atributiva de competencia, aunque apreció el efecto derogatorio de la misma en relación con la sociedad, Brave Bulk Transport—debían conocer los tribunales ingleses—, sin que fuese un obstáculo la naturaleza de la reclamación planteada. La amplitud con que estaba redactada la cláusula atributiva de competencia “*todo litigio que se derive*

⁶ ECLI:EU:C:1992:115.

⁷ ECLI:EU:C:1997:337.

⁸ Al respecto vid. R. HAUSMANN e I. QUEIROLO, “Art. 23”, en T. SIMONS y R. HAUSMANN (eds.), *Commentario UNALEX, Regolamento Bruxelles I: Commento al Regolamento (CE) 44/2001 e alla Convenzione di Lugano* (edición en Lingua italiana a cura de I. Queirolo), IPr Verlag, Munich, 2012, págs. 520 y ss.

⁹ ECLI:EU:C:2015:335. Está pendiente una petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de Cassation (Francia) el 16 de octubre de 2017 - Apple Sales International y otros (Asunto 595/17), que también está referida al alcance de la cláusula atributiva de competencia.

del mismo o que se relacione con él” permitía evitar los problemas interpretativos anteriormente referidos. Como sabemos, el TJUE consideró que la cláusula atributiva de competencia no vinculaba a los representantes, pero por motivos que nada tenían que ver con su alcance, y a los que nos vamos a referir en el siguiente epígrafe.

3. Los sujetos vinculados por el acuerdo atributivo de competencia

24. Como señala la sentencia objeto de comentario, una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato sólo puede producir efectos, en principio, entre las partes que acordaron celebrar ese contrato (p. 35). Se dice por ello que las cláusulas atributivas de competencia tienen un efecto *interpartes*¹⁰. No obstante, existen diversas sentencias del TJUE en las que se han ido precisando las circunstancias en las que una persona distinta de la que celebró inicialmente el acuerdo atributivo de competencia queda vinculada por el mismo o puede invocarlo.

25. Varias de esas sentencias están relacionadas con contrato internacional de transporte marítimo de mercancías. La primera fue la Sentencia del TJCE de 19 de junio de 1984, Tilly Russ/Nova, as. 71/83¹¹, donde se cuestionó la validez de una cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque, en las relaciones entre el porteador y un tercero tenedor del conocimiento de embarque. El Tribunal señaló que cuando la cláusula de elección de foro era válida en las relaciones entre el cargador y el porteador, el tercero, que no había prestado el consentimiento inicial, quedaba no obstante vinculado por la cláusula si en virtud del derecho aplicable había sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones (p. 26). Esta misma afirmación se volvió a recoger en la Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 1999, Castelleti, as. 159/97 (p. 41)¹². Posteriormente, en la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000, Coreck Maritime, as. 387/98¹³, se añadirían dos precisiones adicionales: una, que si en virtud del derecho nacional aplicable el tercero no había sucedido a una de las partes originarias del contrato en sus derechos y obligaciones, correspondería al tribunal que conocía del litigio verificar que dicho tercero hubiera dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia (p. 26); y dos, que para la determinación del derecho nacional aplicable, el tribunal nacional debía acudir a sus normas de Derecho internacional privado (p. 30).

26. En otros ámbitos materiales la respuesta del TJUE ha sido en ocasiones diferente. Así, en la Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 1992, Powell Duffryn/Petereit, as. 214/89¹⁴, se analizó si los accionistas de una sociedad quedaban vinculados por una cláusula de elección de foro inserta en los estatutos sociales, en la que se determinaba el tribunal competente para conocer de los litigios que pudieran surgir entre los accionistas y la sociedad. En este caso, el Tribunal vinculó el consentimiento de los accionistas a la cláusula atributiva de competencia con el cumplimiento de los requisitos formales, señalando que estos requisitos se cumplían cuando la cláusula figuraba en los estatutos sociales y estos estatutos estaban depositados en un lugar donde el accionista podía examinarlos o figuraban en un registro público (p. 29).

27. En la Sentencia de 7 de febrero de 2013, Refcomp, as. 543/10¹⁵ se planteó la cuestión de si una cláusula atributiva de competencia inserta en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el comprador podía invocarse también frente al subadquirente tercero, que al final de una cadena de

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pág. 269.

¹¹ ECLI:EU:C:1984:217.

¹² ECLI:EU:C:1999:142, nota de A. RODRÍGUEZ BENOT, *Revista española de derecho internacional*, 1999, Vol. LI, Nº 2, págs. 701 y ss.

¹³ ECLI:EU:C:2000:606, nota de P. JIMÉNEZ BLANCO, *Revista española de derecho internacional*, 2001, Vol. LIII, Nº 1 y 2, págs. 467 y ss.

¹⁴ ECLI:EU:C:1992:115.

¹⁵ ECLI:EU:C:2013:62, nota de C. ORÓ MARTÍNEZ, *Revista española de derecho internacional*, 2013, Vol. LXV, Nº2, págs. 287 y ss.

contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en diferentes Estados miembros había adquirido ese bien y tenía intención de interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante (p. 24). En este caso el TJUE se apartó de la jurisprudencia anteriormente referida a propósito de los contratos internacionales de transporte marítimo, señalando que la remisión al Derecho nacional para que determinase si el subadquirente quedaba vinculado por la cláusula de elección de foro podía llevar a soluciones divergentes entre los Estados miembros, lo cual menoscabaría el objetivo final que se persigue con la unificación de las normas de competencia judicial internacional, que no es otro que la previsibilidad de soluciones (p. 39). El tribunal se decantó por evitar la remisión al derecho nacional, afirmando que la cláusula de elección de foro pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente solamente podía invocarse frente al tercero subadquirente si este había prestado su consentimiento efectivo a la cláusula en las condiciones fijadas en el Reglamento (p. 41).

28. Con posterioridad el TJUE ha vuelto a la aplicación del derecho nacional para determinar si un tercero puede quedar vinculado por el acuerdo atributivo de competencia. La Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, as. 352/13 (p. 65)¹⁶, estaba referida a un supuesto en que CDC reclamaba el pago de los créditos indemnizatorios de unas empresas afectadas por las actuaciones ilícitas de un cártel, compuesto por una serie de empresas con las que las empresas afectadas habían concluido contratos de suministro en los que figuraba una cláusula atributiva de competencia. Ante la oposición del acuerdo a la acción entablada por CDC, el TJUE volvió a insistir en la importancia del consentimiento y en que sólo en el caso de que conforme al Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del tribunal que conoce del asunto, el tercero hubiera sucedido a la parte contratante inicial en todos sus derechos y obligaciones, podía invocarse contra él una cláusula atributiva de competencia a la que no hubiera dado su consentimiento (pp. 64-65).

29. En la Sentencia del TJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM*, as. 366/13¹⁷, también se ha mantenido la línea jurisprudencial referida, aunque con un matiz añadido. Según el TJUE, cabe oponer al tercero que adquirió unos bonos de un intermediario financiero una cláusula atributiva de competencia incluida en el folleto de emisión de los mismos, redactado por el emisor, si se acredita lo siguiente: que la cláusula es válida en la relación entre el emisor y el intermediario financiero; que el tercero, suscribiendo en el mercado secundario los títulos, ha sucedido al intermediario en los derechos y obligaciones ligados a los mismos en virtud del Derecho nacional aplicable; y además que el tercero interesado, y éste es el matiz añadido, hubiese podido conocer el folleto que incluía dicha cláusula (p. 37).

30. Junto a estos supuestos en que el tercero podía quedar vinculado por los derechos y obligaciones de una de las partes que formalizó el acuerdo inicial, la jurisprudencia del TJUE también se ha referido a un supuesto de cláusula atributiva de competencia estipulada en favor de un tercero. Concretamente, la Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1983, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, as. 201/82¹⁸, analizó un supuesto relativo a un contrato de seguro celebrado entre un asegurador y un tomador de seguro, que este último había suscrito en su propio nombre pero en favor de terceros, donde se incluía una cláusula de elección de foro. El Tribunal señaló que los terceros podían invocar dicha cláusula aunque no la hubieran suscrito expresamente, siempre que se hubieran cumplido los requisitos de forma previstos por el entonces art. 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en las relaciones entre el asegurador y el tomador del seguro (p. 20). En la Sentencia del TJCE de 12 de mayo de 2005, *Société financière et industrielle du Peloux*, as. 112/03¹⁹, se señaló en una situación en que se trataba, a diferencia del caso anterior, de oponer una cláusula de elección de foro frente al tercero asegurado que no la había aceptado expresamente y que tenía su domicilio en un Estado contratante distinto al Estado donde estaban domiciliados el tomador del

¹⁶ ECLI:EU:C:2015:335.

¹⁷ ECLI:EU:C:2016:282.

¹⁸ ECLI:EU:C:1983:217.

¹⁹ ECLI:EU:C:2005:280.

seguro y el asegurador, que no era posible (p. 43). Recientemente, el TJUE ha señalado en su Sentencia de 13 de julio de 2017, *Assens Havn*, as. 368/16²⁰, en línea con la sentencia anterior, que el acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador del seguro tampoco puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado, que desee entablar una acción directa contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso o ante el tribunal del lugar de su domicilio (p. 40). En definitiva, de esta jurisprudencia se deduce que la cláusula de elección de foro puede hacerse en favor de terceros, pero no en su perjuicio, a menos que se trate de un tercero que haya sucedido a la parte original en sus derechos y obligaciones, como hemos visto en la jurisprudencia anterior.

31. La Sentencia objeto de análisis no se corresponde con ninguna de las situaciones contempladas. Como se recordará, los Sres. Leventis y Vafeias, representantes de *Brave Bulk Transport*, pretendían impugnar la competencia de los tribunales griegos en base a un acuerdo atributivo de competencia entre *Malcon Navigation* y *Brave Bulk Transport* en favor de los tribunales ingleses, para evitar que los tribunales griegos conocieran de una demanda de indemnización contra *Brave Bulk Transport* y ellos mismos como representantes, basada en los artículos 71 y 926 del Código Civil griego, en la que se solicitaba que se reconociera su responsabilidad solidaria por la comisión de actos delictuales. Los tribunales de instancia habían aceptado los efectos de la cláusula atributiva de competencia con respecto a *Malcon Navigation*, pero no con respecto a los representantes, y el TJUE ha venido a corroborar su actuación.

32. En este caso no se trataba de un supuesto en que se estuviese discutiendo si los Sres. Leventis y Vafeias habían adquirido los derechos y obligaciones derivados del acuerdo celebrado entre *Malcon Navigation* y *Brave Bulk Transport*, ni se trataba de un supuesto en que se hubiese celebrado una cláusula de elección de foro que ellos pudieran invocar en su favor. Se veían demandados en virtud de que el Código Civil griego contemplaba su responsabilidad solidaria por la supuesta comisión de actos delictuales en el ejercicio de sus funciones como representantes. La cláusula atributiva de competencia originaria no vinculaba a *Malcon Navigation* con los representantes. Como se señala en el texto de la Sentencia, ni los Sres. Leventis y Vafeias había expresado su voluntad de celebrar un acuerdo atributivo de competencia, ni *Malcon Navigation* había aceptado estar vinculado a tales personas por un acuerdo de esa índole (p. 37). En definitiva, la conclusión que se extrae de esta Sentencia es que la cláusula atributiva de competencia suscrita por una persona jurídica no se extiende a sus representantes, cuando se reclama su responsabilidad solidaria por supuestos actos delictuales cometidos por estos en el ejercicio de sus funciones.

4. La posible inconciliabilidad de resoluciones

33. El resultado de apreciar que la cláusula atributiva de competencia vinculaba a la sociedad pero no a sus representantes era que con respecto a la sociedad serían competentes los tribunales ingleses, y con respecto a los representantes los tribunales griegos en base al foro del domicilio del demandado, cuando se trataba de apreciar su responsabilidad solidaria. El *Areios Pagos* (Tribunal Supremo, Grecia) manifestó su preocupación por que esta solución pudiera dar lugar a resoluciones inconciliables, poniendo de manifiesto como en el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 (art. 8.1 del Reglamento 1215/2012) se favorece cuando hay una pluralidad de demandados que pueda sustanciarse un único procedimiento, a fin de evitar resoluciones inconciliables (p. 27).

34. El TJUE no alteró sin embargo por ello sus conclusiones en relación con el acuerdo atributivo de competencia, señalando, frente a los temores expresados por el tribunal remitente, que el Reglamento 44/2001 dispone de otros mecanismos para prevenir tal resultado (p. 41). La Sentencia se refiere en este punto con carácter general a los mecanismos existentes, aunque sin particularizar cuál podría ser el aplicable el caso concreto, dado que no se había formulado ninguna cuestión prejudicial al respecto. Se mencionan los arts. 27 y 28 del Reglamento 44/2001 (arts. 29 y 30 del Reglamento 1215/2012), relativos a las situaciones de litispendencia y de conexidad respectivamente, así como los motivos de

²⁰ ECLI:EU:C:2017:546.

denegación del reconocimiento y la ejecución vinculados a la inconciliabilidad de resoluciones judiciales, art. 34, apdos. 3 y 4 del Reglamento 44/2001 (arts. 45.1, letras c) y d) del Reglamento 1215/2012).

35. Se trata en cualquier caso de una situación que entendemos que no era susceptible de plantearse, considerando las circunstancias fácticas del caso. Recuérdese que Malcon Navigation acusaba a los representantes de Brave Bulk Transport de haber despojado a esta última de sus activos, impidiéndole así cobrar la indemnización que se le había reconocido en un laudo arbitral. La acción de responsabilidad solidaria contra los representantes de la sociedad, que se estaba desarrollando en Grecia, era la que entendemos que verdaderamente tenía interés para Malcon Navigation.

EXCEPCIONES LEGALES AL RETORNO DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

LEGAL EXCEPTIONS TO THE CHILD'S RETURN IN INTERNATIONAL ABDUCTION SITUATIONS

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR

*Investigador postdoctoral Juan de la Cierva
Universitat Jaume I de Castellón*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 25.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4137>

Resumen: El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores prevé un sistema de excepciones legales a la restitución del menor con el objeto de respetar el principio del interés superior del menor. Estas excepciones a la restitución o retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado o retención ilícito a la mayor brevedad posible deben interpretarse de forma restrictiva y, por supuesto, acreditarse la concurrencia de los motivos de oposición a la restitución.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 21 de junio de 2017 objeto de comentario aborda las excepciones legales al retorno del menor y la necesidad de acreditar los motivos alegados para acordarse la excepción. De lo contrario, como sucede en el presente litigio, procede el retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado ilícito.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, traslado ilícito, restitución inmediata, Convenio de La Haya de 1980.

Abstract: The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction provides for a system of legal exceptions to the return of the child in order to respect the principle of the best interests of the child. These exceptions to the return or return of the child to the place of residence prior to the illicit transfer as soon as possible must be interpreted restrictively and, of course, the concurrence of the grounds for opposition to the restitution must be proven.

The Judgment of the Provincial Court of Las Palmas de Gran Canaria, section 3, of June 21, 2017 object of comment deals with the legal exceptions to the return of the minor and the need to prove the alleged grounds for agreeing the exception. Otherwise, as in the present case, the minor returns to the place of residence prior to the illicit transfer.

Keywords: International child abduction, legal kidnapping, prompt return, The Hague Convention 1980.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos de la Sentencia. III. Excepciones legales a la restitución o retorno del menor. A. Determinación del consentimiento al traslado o retención. B. Integración del menor en el nuevo medio. C. Falta de ejercicio efectivo de la guarda. IV. Valoración final.

I. Introducción

1. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1980) es uno de los principales instrumentos –si cabe, el más universal– en el ámbito de la sustracción internacional de menores¹. Este instrumento gira en torno a la idea central de impulsar la restitución o retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado ilícito a la mayor brevedad posible, aunque la autoridad judicial o administrativa puede –en supuestos expresamente tasados– denegar la restitución del menor, pese a constatar la situación de residencia ilícita contemplada en la normativa internacional².

2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 21 de junio de 2017 objeto de comentario aborda las excepciones legales al retorno del menor y la necesidad de acreditar los motivos alegados para acordarse la excepción. De lo contrario, como sucede en el presente litigio, procede el retorno del menor al lugar de residencia anterior al traslado ilícito.

II. Hechos de la Sentencia

3. Los progenitores de José Daniel, nacido en 2013, tienen concedida la guarda compartida del menor por orden de un Tribunal londinense de fecha 2 de marzo de 2015. La madre reside en Londres (Reino Unido) con el menor; el padre en la isla de Gran Canaria.

4. En este contexto, la madre autorizó en el Consulado español en Londres el 3 de diciembre de 2015 que el menor viajara a España hasta el 31 de enero de 2016. Llegada esta fecha, el menor no fue reintegrado a su guarda en la residencia legal en Londres, sino que permaneció en España hasta que varios meses después la madre interpone una acción basada en la sustracción internacional del menor contra el padre y la abuela paterna (con quien el menor residía de hecho en ese momento), en virtud del proceso especial relativo a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional del artículo 778 *quater* y *quinquies* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo procesal, y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en lo sustantivo.

5. Los demandados se opusieron al retorno del menor alegando, en síntesis, que la madre tácitamente había consentido la residencia de su hijo en Gran Canaria (pese a que de acuerdo con la resolución

¹ En vigor desde el 1 de diciembre de 1983. En España, desde el 1 de noviembre de 1987. El número de Partes contratantes del Convenio actualmente son 98 (www.hcch.net/ última visita, 12.1.2017). Otros instrumentos de igual importancia son, a modo de ejemplo, el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Para un estudio sobre el Convenio de la Haya de 1980, cfr., por todos, E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Publicaciones de la HCCH*, 1982 (disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779> –última visita: 17.1.2018–).

² La sustracción internacional de menores ha sido ampliamente tratada por la doctrina española, *vid. ad. ex.*: C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 192-213; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2016, pp. 543-583; J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 61-273; C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional Privado*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 406-436; J. R. LIÉBANA ORTIZ, “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, nº 13, 2015, pp. 83-109; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Oviedo, 2008, pp. 27-101; I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 242-263.

judicial del Tribunal británico debía regresar a Londres el 31/1/2016) y que el niño se encontraba integrado en la isla de Gran Canaria. De forma extemporánea, en el acto de la vista, se alegó que la madre no ejercía de forma efectiva la guarda antes del traslado a Canarias. Todo ello fundamentado igualmente en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y en el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003.

6. Sobre estos hechos y fundamentos de derecho, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria en fecha 19 de mayo de 2017 estimó la demanda, considerando que la retención del menor por el padre y la abuela paterna es ilícita, y acordó el retorno del menor con su madre a Londres.

7. La sentencia fue recurrida en apelación solo por uno de los codemandados, la representación de la abuela paterna. En fecha 21 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, confirmó íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial, en línea con el juzgador *a quo*, no apreció la concurrencia de ninguna de las excepciones legales para denegar la restitución inmediata del menor.

III. Excepciones legales a la restitución o retorno del menor

8. El CH1980 es un instrumento eficaz para la pronta resolución en conflictos derivados del traslado o la retención ilícita de un menor, y la garantía de la restitución inmediata de un menor al Estado en el que tenga su residencia habitual³.

9. Como es sabido, se reputa ilícito el traslado cuando se realice con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia antes del traslado, cuando este derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado, derecho de custodia que puede resultar atribuido por la legislación, por decisión judicial o administrativa, o por un acuerdo vigente según el Derecho del Estado en que residía el menor antes del traslado.

10. Pues bien, partiendo de la presunción legal de la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, el CH1980 reconoce ciertas excepciones a su retorno. Así, de acuerdo con el artículo 13 CH1980, aun cuando se constate la situación de residencia ilícita, la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone a la misma demuestra que:

“a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

11. Estas excepciones legales a la restitución del menor no operan de forma automática, sino que la autoridad judicial o administrativa debe –caso por caso– ponderar todas las concretas circunstancias concurrentes para acordar el retorno del menor. En este sentido, el CH1980 concede amplia discrecional-

³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, Derecho Privado y Constitución, nº 16, 2002, p. 43.

lidad a la autoridad que conozca del asunto para decidir sobre la excepción planteada, si bien su decisión debe tomarse siempre en pro del superior interés del menor cuya restitución se solicita (*vid.*, a modo de ejemplo, los Autos de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 30 de abril de 2004, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 4 de abril de 2006 y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 12 de septiembre de 2008). Por otra parte, no debe olvidarse que toda excepción a la regla general debe ser objeto de interpretación restrictiva.

12. En el presente caso, recuérdese, la autoridad judicial analiza si concurre alguno de los motivos alegados para denegar la restitución del menor solicitada por la madre. En concreto, la representación que se opone a la restitución argumenta, por un lado, el consentimiento de la madre a la residencia de su hijo en Gran Canaria; por otro lado, la integración del menor en la isla y, aunque planteada extemporáneamente, también, la falta de ejercicio efectivo de la guarda –por parte de la madre– antes del traslado a Canarias del menor. A continuación se analiza cada uno de estos motivos.

A. Determinación del consentimiento al traslado o retención

13. El primero de los supuestos alegados por la representación que se opone al retorno del menor es la presencia de consentimiento tácito de la madre a la residencia del menor en España.

14. En virtud de la doctrina de los actos propios (o principio *venire contra factum proprium non potest*), la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la solicitud de retorno en caso de que se demuestre la presencia de consentimiento –o posteriormente aceptado el traslado o retención del menor– otorgado por el progenitor que entienda vulnerado su derecho de guarda. Cabe puntualizar, además, que esta excepción legal es la que generalmente comporta mayor dificultad a la autoridad judicial o administrativa para resolver la denegación del retorno solicitado, en la medida que no es sencillo trazar la línea divisoria entre la presencia del consentimiento y la mera situación de tolerancia fáctica.

15. Pudiera parecer en principio razonable admitir la existencia de consentimiento tácito a la residencia del menor en España cuando la progenitora permanece pasiva durante más de cinco meses después de expirar el plazo de retorno del menor sin interponer la correspondiente reclamación. No obstante, la jurisprudencia considera que el consentimiento –objeto de la excepción– debe recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, y no para desplazamientos temporales (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 31 de marzo de 2015), ni para la mera autorización para viajar (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 28 de junio de 2011; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 1 de octubre de 2013).

16. Por otra parte, a modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3, de 13 de marzo de 2003 aprecia que “no se da traslado ilícito por parte de la madre del menor Germán desde Argentina a esta ciudad de Palma ya que, siendo ciertamente la patria potestad compartida, el padre dio su consentimiento para su salida al extranjero en compañía de su madre por un lapso de 10 años, lo que supone autorizar no sólo la salida, como afirma el recurrente, sino también la residencia fuera de su país de origen [...]”. En este mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 18 de septiembre de 2006 se opone la restitución del menor porque “[...] el traslado a Canarias de la madre y el hijo se hizo con consentimiento del padre que precisamente es el que los acompaña y lleva personalmente al aeropuerto [...]”.

17. Así pues, considerando que los motivos alegados en las excepciones no deben presumirse –sino que han de demostrarse para el éxito de la oposición al retorno del menor con su progenitora–, de la prueba practicada no se determina la existencia de un verdadero consentimiento y aceptación de la madre al cambio de residencia; mas bien se trata de una mera situación de pasiva tolerancia a esa situación de hecho producida cuando el menor no regresa.

18. En efecto, la mera situación de tolerancia viene motivada por la buena relación de la madre del menor con su ex pareja y con la madre de éste, pero el hecho de que no se denuncie la infracción de los derechos de guarda no debe entenderse como una aquiescencia al cambio de residencia del menor. La situación de pasiva tolerancia no implica la renuncia automática al derecho de guarda.

19. A este respecto la Audiencia Provincial de Las Palmas concluye acertadamente que no existe un verdadero consentimiento de la madre a la residencia del menor en la isla porque el progenitor tenía intención de trasladarse a Londres para tramitar el cambio de custodia y residencia del menor. Ello demuestra que el padre era conocedor de la situación irregular de la estancia de su hijo en la isla; máxime si se tiene en cuenta, además, que reconoce que no puede viajar con su hijo por la negativa de la madre a autorizar el permiso de viaje para el niño. En este sentido, valorada la prueba en su conjunto, no permite evidenciar al juzgador de primera y de segunda instancia la existencia del consentimiento de la madre al cambio de residencia, de ahí la acertada desestimación de esta petición.

B. Integración del menor en el nuevo medio

20. Otro de los motivos de oposición a la restitución del menor reside en demostrar su integración en la nueva residencia.

21. De la prueba practicada, nuevamente, tampoco se acredita la integración del menor en la nueva residencia. Llama poderosamente la atención del tribunal *ad quem* que el progenitor –quién ostenta los derechos de guarda junto con la madre del menor– ni siquiera apele la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que ordena la restitución del menor con su madre, sino que únicamente lo hace la abuela paterna –que carece de estos derechos de guarda–.

22. Este significativo hecho, unido al abandono del menor durante largos periodos de tiempo –causado por la drogadicción del padre–, incluso durmiendo en casas de vecinos no hace más que confirmar la falta de integración del menor –en todos los órdenes: material, espiritual y afectivo– en el nuevo medio, por mucho que esté escolarizado u obtenga la ayuda de la abuela paterna –una ayuda que no se presta de forma continuada, solo en los últimos meses ante el descuido del padre en sus obligaciones derivadas de los derechos de guarda del menor–.

23. A la vista de ello, no resulta difícil que este argumento contra la restitución del menor corra la misma suerte que el anterior, ya que la concurrencia de las excepciones no deben presumirse, sino que han de demostrarse (como esta misma Audiencia Provincial de las Palmas, sección 3, en el Auto de 10 de marzo de 2009 señaló: “[...] el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse); y no se hace.

24. Por su parte, la existencia de una sugerencia sobre acogimiento familiar del Servicio de Protección de Menores a favor de la abuela materna –únicamente si el mejor permaneciera en nuestro país– no es objeto de este procedimiento, pues a fin de cuentas el CH1980 no es un Convenio de custodia, sino un Convenio de restitución.

25. Así lo ha señalado el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 13 de marzo de 2012: “[...] y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia. [...] *No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cual de los progenitores deben convivir, que es al parecer lo que se sostiene por el Ministerio Fiscal, sino de determinar en primer lugar si el traslado es o no ilícito y caso de serlo si concurre alguna de las excepciones contempladas en el propio convenio*

para denegar la restitución. La decisión por tanto se limita a acordar si procede o no la restitución del menor o menores dentro del ámbito permitido en el propio convenio” (énfasis añadido).

26. Y en este mismo sentido precisa la Audiencia Provincial de Las Palmas que “si los interesados consideran que procede un cambio del régimen de guarda y de residencia en todo caso tendrán que solicitarlo en el procedimiento judicial correspondiente ante el Tribunal competente, materia que es ajena al presente procedimiento, que *sólo tiene por objeto constatar la retención ilícita, la inexistencia de excepciones a la restitución, y la implementación de las medidas necesarias para hacer efectivo el retorno a la legal residencia del menor sustraído*” (énfasis añadido).

C. Falta de ejercicio efectivo de la guarda

27. Otro de los motivos por los que la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución del menor es el no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia por el progenitor que reclame la restitución o retorno.

28. Se trata de una cuestión fundamental, que en el presente litigio ha sido planteada extemporáneamente y de manera formulista sin sustento fáctico-probatorio alguno. No obstante, este no ejercicio de modo efectivo del derecho de custodia por parte de la madre del menor alegado de forma extemporánea es valorado por el tribunal *ad quem* con el objeto de no perjudicar –en su caso– el superior interés del niño.

29. A este respecto, conviene tener presente que la carga de la prueba del no ejercicio efectivo de custodia corresponde a quien se opone al retorno, pues de lo contrario se convertiría en una prueba diabólica, como señala esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el Auto de 10 de marzo de 2009: “[...] era la demandada la que tenía que acreditar, y no como parece señalar la sentencia de instancia, la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria”.

30. Además, el ejercicio no efectivo del derecho de custodia comprende el período previo a la retención ilícita. Así las cosas, como se ha avanzado, no se ha demostrado que el menor no conviviera con su madre; es más todos los períodos de guarda fijados en la resolución judicial fueron respetados por la madre. Incluso en el supuesto de que la madre hubiera sido auxiliada en el cuidado de su hijo por otros familiares o terceras personas en modo alguno puede ser entendido como no ejercicio no efectivo del derecho de custodia (cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de enero de 2008).

IV. Valoración final

31. Los conflictos derivados de los derechos de guarda y custodia de un menor desafortunadamente han tomado carta de naturaleza en nuestra sociedad. Estos conflictos se ven agravados, más aún, en caso de que los progenitores residan en países distintos y el menor continuamente se traslade de un Estado a otro para disfrutar de ellos.

32. En caso de que se produzca un traslado o una retención ilícitos en el contexto *internacional* –como en el litigio analizado–, el Convenio de la Haya de 1980 parte de la presunción legal de que el superior interés del menor consiste en su restitución o retorno al país de su residencia habitual a la mayor brevedad posible. Ahora bien, este instrumento aborda al mismo tiempo un sistema de excepciones legales a su regla general de la inmediata restitución, concediéndose a la autoridad judicial o administrativa amplia discrecionalidad –que no arbitrariedad– en su decisión.

33. La valoración de la sentencia objeto de comentario es positiva, pues desestima el recurso en línea con la doctrina jurisprudencial sobre las excepciones legales al retorno del menor (que deben interpretarse restrictivamente y probarse todos sus extremos para que la autoridad judicial o administrativa se oponga a la mencionada restitución).

34. Si bien, a este respecto, uno de los aspectos más controvertidos del litigio es el consentimiento tácito de la madre a la residencia del menor en España –alegado por quien se opone a la restitución– y cómo acertadamente concluye la Audiencia Provincial –en línea con el juzgador *a quo*– que el hecho de que la madre no haya reclamado a su hijo con anterioridad no implica un consentimiento tácito sino que es una mera situación de pasiva tolerancia fáctica –pues la prueba practicada no permite evidenciar tal consentimiento–. La línea divisoria entre el consentimiento tácito y la mera situación de pasiva tolerancia fáctica no es, a mi juicio, fácil de trazar y la Audiencia Provincial la traza con éxito.

IL REGOLAMENTO (UE) N. 1259/2010 SULLA LEGGE
APPLICABILE AL DIVORZIO E ALLA SEPARAZIONE
PERSONALE NELLA RECENTE PRASSI GIURISPRUDENZIALE
ITALIANA

RECENT ITALIAN CASE-LAW CONCERNING (EU)
REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO DIVORCE
AND LEGAL SEPARATION

FEDERICA FALCONI

*Ricercatore di Diritto internazionale
Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 02.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4138>

Riassunto: Il presente contributo propone una breve analisi della prassi applicativa italiana in relazione al regolamento (UE) n. 1259/2010 in tema di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Solo in un ristretto numero di casi le parti si sono avvalse della facoltà di *optio legis* loro concessa dall'art. 5 del regolamento, accordando preferenza alla legge nazionale comune. Più spesso, in mancanza di un accordo delle parti, la legge applicabile è individuata in applicazione dell'art. 8: ciò conduce nella maggior parte delle ipotesi all'applicazione della legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi, con il risultato di favorire l'integrazione sociale e ripristinando altresì la corrispondenza tra *forum e jus*.

Parole chiave: Regolamento (UE) n. 1259/2010, divorzio e separazione personale, conflitti di leggi, diritto internazionale privato dell'Unione europea, *optio legis*, legge applicabile in mancanza di scelta.

Abstract: This article offers a brief analysis of the Italian case-law concerning Regulation (EU) No 1259/2010 on the law applicable to divorce and legal separation. Only in a few cases, spouses have chosen the applicable law according to Article 5, by designating the law of their State of nationality. More frequently, absent a valid choice by the spouses, the law applicable to divorce or legal separation has been determined in accordance with Article 8: this usually leads to the application of the law of the country where the spouses are habitually resident, thereby promoting social integration and also restoring the correspondence between *forum* and *jus*.

Keywords: Regulation (EU) No 1259/2010, divorce and legal separation, conflict-of-laws rules, private international law of the European Union, choice of law agreement, applicable law in the absence of a choice by the parties.

Sommario: I. Cenni introduttivi. II. La prassi applicativa sull'art. 5 del regolamento (UE) n. 1259/2010: *l'optio legis*. III. La prassi applicativa sull'art. 8 del regolamento (UE) n. 1259/2010: l'individuazione della legge applicabile in caso di mancato accordo tra i coniugi. IV. Osservazioni conclusive.

I. Cenni introduttivi

1. Come noto, il regolamento (UE) n. 1259/2010, che attua una cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, conferisce ai coniugi la facoltà di designare la legge applicabile, quantunque entro un novero di opzioni tassativamente prestabilite¹. In particolare, secondo quanto disposto dall'art. 5, par. 1, la scelta dei coniugi può avere ad oggetto: *a*) la legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi; *b*) la legge dello Stato di ultima residenza abituale dei coniugi², purché uno dei due vi risieda ancora al momento della scelta; *c*) la legge dello Stato di cittadinanza dei coniugi ovvero di uno soltanto di essi e, infine, *d*) la legge del foro. In tutti i casi, si tratta di leggi che esprimono una connessione più o meno significativa con la fattispecie da regolare³. Ciò vale, almeno in linea di principio, anche per la *lex fori*, da individuarsi alla stregua dei criteri stabiliti dal regolamento (CE) n. 2201/2003 (Bruxelles II-*bis*), ispirati alle medesime esigenze di prossimità⁴. Va detto, peraltro, che l'inclusione della *lex fori* nel ventaglio delle leggi designabili – nonché la sua contestuale previsione a titolo di criterio oggettivo – trova ragion d'essere in considerazioni diverse da quelle appena evocate: dalla ripristinata corrispondenza tra *forum* e *ius*, infatti, discendono effetti vantaggiosi che non si esauriscono in una mera semplificazione del compito dell'organo giudicante e che possono apprezzarsi in special modo sotto il profilo dell'efficienza processuale e della tutela dei diritti, considerato come i profili processuali risultino in questo settore del diritto strettamente interconnessi a quelli sostanziali⁵.

Il ruolo di primaria importanza attribuito alla concorde volontà dei coniugi nella determinazione della *lex divortii* rappresenta senza dubbio l'innovazione più significativa introdotta dal regolamento ed invero, prima della sua entrata in vigore, soltanto una ristretta minoranza tra gli Stati membri riconosceva ai coniugi la facoltà di esercitare l'*optio legis* in questa materia⁶. Varie e molteplici sono le ragioni di tale “rivoluzionaria” apertura, per quanto limitata ai soli Stati membri che, come l'Italia, hanno scelto di partecipare alla cooperazione rafforzata⁷: dall'esigenza di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità del diritto applicabile – secondo una linea di tendenza comune a tutti gli altri regolamenti dove l'*optio legis* è parimenti accolta, anche se con modulazioni differenti – a quella di consentire alla coppia

¹ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile al divorzio e alla separazione personale, *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Nel testo, il regolamento sarà indicato anche come “Roma III”. Attualmente, sono diciassette gli Stati membri che hanno aderito alla cooperazione rafforzata e risultano perciò vincolati all'applicazione della normativa uniforme (Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria, Lituania, Grecia ed Estonia).

² Il riferimento è da intendersi alla residenza abituale dei coniugi in uno stesso Stato, senza che sia necessario che si tratti di una residenza comune. Questo significa che i coniugi che, seppur separatamente vivono nel medesimo Stato, come invero spesso accade quando viene introdotta l'istanza di separazione o di divorzio, possono scegliere la legge di tale Stato.

³ L'esigenza che la scelta dei coniugi cada sulla legge di uno Stato con il quale sussiste un “legame particolare” è espressa dal considerando n. 16. Analoghe esigenze di prossimità ispirano i criteri dettati all'art. 8 per le ipotesi, come si dirà frequenti nella prassi, di mancata scelta.

⁴ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss. Sul punto, v. la Relazione esplicativa redatta dalla Prof. Alegria Borrás relativa alla Convenzione del 28 maggio 1998, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali, in *GUCE*, C 221/37, p. 27 ss., par. 30.

⁵ Rilevano tale interconnessione R. CLERICI, “Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Famiglia e diritto*, 2011, p. 1053 ss.; P. FRANZINA, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No 1259/2010”, questa *Rivista*, 2011, p. 85 ss.

⁶ Anche se entro margini generalmente più ristretti rispetto a quelli della disciplina uniforme oggi in vigore, l'*optio legis* era ammessa soltanto da Germania, Belgio e Paesi Bassi: sul punto, I. VIARENGO, “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 601 ss., p. 611, nota 32. Per quanto riguarda l'Italia, rispetto ai procedimenti introdotti prima del 21 giugno 2012, la materia continua ad essere disciplinata dall'art. 31 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (“Riforma del diritto internazionale privato italiano”), a mente del quale la separazione e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda e, in mancanza (ovvero in presenza di più leggi nazionali comuni), dalla legge dello Stato in cui è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale, salva in entrambi i casi l'operatività del rinvio nei limiti definiti dall'art. 13 della stessa legge.

⁷ Il carattere rivoluzionario del regolamento, per lo spazio concesso all'autonomia dei coniugi, è sottolineato da R. CLERICI, “Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale” cit., p. 1054.

di accedere più agevolmente al divorzio (*favor divortii*), selezionando la legge più confacente alle proprie esigenze, sul presupposto che ciò risulti funzionale a garantire l'esercizio effettivo della libertà di circolazione delle persone nello spazio europeo⁸. Oltre a ciò, occorre notare che la volontà dei coniugi, così come disciplinata dall'art. 5, si intende diretta a selezionare le disposizioni di diritto materiale dell'ordinamento richiamato, ad esclusione delle disposizioni di diritto internazionale privato, stante l'univoca esclusione del rinvio disposta dall'art. 11 dello stesso regolamento.

2. Vi è poi un ulteriore aspetto nel quale si riflette la portata innovativa del regolamento (UE) n. 1259/2010, il quale, nel concedere spazio all'autonomia internazionalprivatistica dei coniugi nei termini sopra brevemente accennati, introduce al contempo il concetto di "scelta informata" con l'obiettivo di garantire che ciascun coniuge sia consapevole delle conseguenze giuridiche e sociali derivanti dall'accordo raggiunto⁹. In prima battuta, si richiede che, prima di procedere alla designazione della legge applicabile, i coniugi abbiano accesso ad "informazioni aggiornate relative agli aspetti essenziali della legge nazionale e dell'Unione e delle procedure in materia di divorzio e di separazione personale"¹⁰. L'*optio legis* viene quindi sottoposta al rispetto di precisi requisiti formali: in base all'art. 7, par. 1, l'accordo deve essere come minimo "redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi", con ciò escludendo che la volontà possa essere manifestata tacitamente. Gli stessi giudici sono chiamati a svolgere un compito di primaria importanza affinché il principio della scelta informata venga concretamente rispettato e non resti una mera enunciazione di principio.

3. Volgendo lo sguardo alla prassi applicativa italiana, e circoscrivendo l'oggetto di questa breve rassegna ad alcune delle principali pronunce emanate nel biennio 2016-2017, se ne trae l'impressione che, in apparente controtendenza rispetto ai primi anni di applicazione del regolamento¹¹, i casi in cui i coniugi hanno esercitato l'*optio legis* costituiscano una minoranza¹². Questo dato, come si dirà meglio in seguito analizzando i criteri oggettivi previsti dall'art. 8 del regolamento in relazione alle ipotesi di mancata scelta, non appare del tutto casuale: con l'insorgere della crisi matrimoniale, infatti,

⁸ Ampiamente sul ruolo della *lex voluntatis* nel regolamento Roma III e sulle opzioni di politica legislativa che la sottendono, cfr. A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III", questa *Rivista*, 2009, p. 36 ss., p. 52 ss.; P. FRANZINA, "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio", *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 488 ss.; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, "Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"", *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2012, p. 56 ss. In un'ottica di raffronto rispetto alla disciplina dell'*optio legis* in materia di obbligazioni contrattuali, v. R. CLERICI, "Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 351 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, "La legge applicabile al divorzio e alla separazione personale dei coniugi e al divorzio nella proposta di regolamento Roma III", *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 49 ss. Infine, per un'analisi delle diverse clausole, previste dal regolamento Roma III, suscettibili di condurre alla disapplicazione della *lex causae*, v. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Esclusione dell'applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III", *ibidem*, 2017, p. 267 ss.

⁹ Come risulta espressamente dal considerando n. 18, la scelta informata di entrambi i coniugi rappresenta un "principio essenziale" del regolamento. Tale principio trova corrispondenza nei recenti regolamenti (UE) n. 1103 e 1104, del 24 giugno 2016, che attuano una cooperazione rafforzata in materia di giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni per quanto riguarda rispettivamente i regimi patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate, in *GUUE* L 183 dell'8 luglio 2016, p. 1 ss.

¹⁰ A tal fine, come sottolinea il considerando n. 17, i coniugi possono avvalersi del sistema di informazione *on line*, regolarmente aggiornato dalla Commissione, istituito con la decisione 2001/470/CE, del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, in *GUCE* L 174, 27 giugno 2001, p. 10 ss.

¹¹ Sulla prassi anteriore al periodo qui considerato, cfr. C. CAMPIGLIO, "Prime applicazioni delle norme europee sui divorzi 'internazionali'", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 173 ss.; I. VIARENGO, "International Divorce Proceedings in Italy: Issues Arising in the Case Law", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 700 ss.; Id., "Rapporto sull'applicazione del regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ("Roma III")", in S. BARIATTI, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Padova, Cedam, 2016, p. 397 ss.

¹² Salvo diversa indicazione, le sentenze citate nel testo sono per lo più inedite e sono state attinte dal database pubblico del Progetto "Planning The Future of Cross Border Families: A Path through Coordination - 'EUFam's'", www.eufams.unimi.it (la versione definitiva è aggiornata al 28 dicembre 2017), dove ciascuna è corredata da una breve, ma efficace sintesi dei fatti dedotti in giudizio e dei profili di diritto affrontati.

l'individuazione della *lex divortii* si somma ai vari e molteplici aspetti suscettibili di costituire oggetto di contesa tra i coniugi. In altri casi, sarà invece l'irreperibilità di uno di essi a determinare l'impossibilità di acquisirne materialmente il consenso.

Quando invece i coniugi si sono avvalsi di tale facoltà, la scelta è caduta pressoché invariabilmente sulla legge di uno Stato non membro dell'Unione europea, la cui legislazione consente di accedere al divorzio senza la necessità di un previo periodo di separazione o comunque in modo più spedito, con un minor dispendio di risorse economiche¹³. Peraltro, l'opzione a favore della legge nazionale può spiegarsi anche in un'ottica diversa, in particolare allorché i coniugi abbiano interesse a conservare intatte le tradizioni culturali vigenti nel proprio Paese di origine a prescindere da quello di residenza¹⁴.

In prevalenza, si noti, i casi analizzati riguardano coppie di stranieri integrate da tempo nella realtà sociale italiana, dopo aver qui stabilito la propria residenza abituale¹⁵.

II. La prassi applicativa sull'art. 5 del regolamento (UE) n. 1259/2010: l'*optio legis*

4. Le decisioni che hanno pronunciato il divorzio in applicazione della legge designata dagli stessi coniugi ai sensi dell'art. 5 del regolamento (UE) n. 1259/2010 si sono concentrate in prevalenza sui profili riguardanti le modalità e i tempi di manifestazione della scelta. Tra queste, merita considerazione quella emessa dal Tribunale di Belluno il 27 ottobre 2016¹⁶. Il caso riguarda una coppia di cittadini albanesi, trasferitisi in Italia dopo essersi sposati in patria. Di comune accordo, i coniugi chiedono lo scioglimento del matrimonio senza previa separazione, così come consentito dalla legge albanese espressamente invocata nel ricorso introduttivo.

Dopo aver verificato positivamente la sussistenza della giurisdizione italiana in base all'art. 3, par. 1, lett. a), primo trattino, del regolamento Bruxelles II-bis (residenza abituale dei coniugi)¹⁷, il Tribunale ritiene applicabile l'art. 5, par. 1, lett. c) del regolamento Roma III e ciò a dispetto del fatto che la legge albanese sia invocata dalle parti "nella convinzione dell'operatività dell'art. 31, 1° comma, l. 31 maggio 1995 n. 218".

Al riguardo, il Tribunale rileva come l'accordo si perfezioni con la designazione della medesima legge da parte dei coniugi "indipendentemente dalle ragioni di tale concorde indicazione", ossia, nella fattispecie dedotta in giudizio, a prescindere dal fatto che la legge albanese sia invocata dalle parti sulla base di un erroneo convincimento, ritenendo pertanto sufficiente la concorde indicazione ad opera dei coniugi del Codice della famiglia della Repubblica albanese: la legge dello Stato di cittadinanza

¹³ Identifica tale tendenza sin dalle prime applicazioni del regolamento C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 176.

¹⁴ Per tale rilievo, v. I. VIARENGO, "Rapporto sull'applicazione del regolamento (UE) n. 1259/2010...", *cit.*, p. 399, che osserva inoltre come l'applicazione della legge nazionale contribuisca ad agevolare il riconoscimento della sentenza di divorzio nello Stato di origine.

¹⁵ Tra le molteplici circostanze idonee in concreto a conferire alla fattispecie da regolare carattere "transnazionale", che come previsto espressamente dall'art. 1, par. 1, del regolamento, costituisce il presupposto per l'applicazione della disciplina uniforme, assume rilievo anche la semplice residenza all'estero di uno dei due coniugi, aventi la medesima nazionalità: sul punto, v. il Libro verde della Commissione sulla legge applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio del 14 marzo 2005, COM (2005) 82 def.

¹⁶ Il testo è pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2017, p. 755. Lo stesso Tribunale, con sentenza del 23 dicembre 2014, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2016, p. 207 ss., in relazione alla richiesta di scioglimento del matrimonio celebrato in Italia da due cittadini tunisini, ha ritenuto valida l'*optio legis* dei coniugi a favore della legge tunisina, invocata dai coniugi – rispettivamente nel ricorso e nella comparsa di costituzione – sebbene tale legge fosse stata ricondotta erroneamente all'art. 31 della legge n. 218/1995. Oltre a quelle citate nel testo, hanno dato applicazione alla legge prescelta dalle parti in base all'art. 5 del regolamento: TRIB. RAVENNA, 31 marzo 2016 (con applicazione della legge marocchina, quale legge nazionale comune dei coniugi); TRIB. ROMA, 12 aprile 2016 (con applicazione della legge rumena, in quanto legge nazionale comune dei coniugi); TRIB. PADOVA, 25 luglio 2016 (la scelta è caduta sulla legge rumena, essendo la moglie rumena e il marito italiano); TRIB. BERGAMO, 25 ottobre 2016 (con applicazione della legge cinese, legge nazionale comune); TRIB. PADOVA, 8 settembre 2017 (con applicazione della legge marocchina, quale legge nazionale comune).

¹⁷ A tal fine, in linea con la nozione autonoma elaborata dalla Corte di Giustizia, il Tribunale accerta che al momento della proposizione della domanda "le parti avevano effettivamente fissato, con carattere di stabilità, il centro principale e permanente dei propri interessi e relazioni in provincia di Belluno, quale luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e lavorativa, alla data di proposizione della domanda giudiziale".

al momento della conclusione dell'accordo – in questo caso comune, ma in ipotesi anche di uno dei coniugi soltanto – figura infatti tra quelle che le parti possono designare sulla base all'art. 5, par. 1, del regolamento.

5. Passando quindi a verificare la validità della scelta contenuta nel ricorso congiuntamente sottoscritto dalle parti, il Tribunale ritiene soddisfatti sia i requisiti temporali, sia i requisiti formali minimi indicati dallo stesso regolamento. Quanto ai requisiti temporali, la designazione della legge albanese risulta effettuata in termini univoci sin dal ricorso introduttivo del giudizio, in linea con l'art. 5, par. 2, del regolamento, che fissa al momento in cui è adita l'autorità il termine ultimo entro il quale le parti possono concludere l'accordo, salvo il temperamento di cui al par. 3, per cui l'*optio legis* può essere esercitata in corso di causa se la legge del foro lo consente¹⁸. Quanto invece ai requisiti formali, il Tribunale reputa l'espresso richiamo alla legge albanese operato nel ricorso congiuntamente sottoscritto dai coniugi senz'altro idoneo a soddisfare le forme minime richieste dall'art. 7, par. 1, rilevando come in proposito l'Italia non abbia ritenuto necessario prevedere requisiti di forma più rigorosi¹⁹.

6. In merito alla consapevolezza della scelta effettuata dai coniugi, il Tribunale osserva come “dall'esame degli atti del procedimento emerge in modo chiaro e preciso come le parti abbiano formulato l'indicazione della legge albanese sul presupposto della possibilità di ottenere l'immediato scioglimento del matrimonio, senza la preventiva separazione personale, diversamente da quanto richiesto dalla legge italiana”, la cui applicazione, ove non si ritenesse validamente formato l'accordo fra le parti, discenderebbe dall'art. 8, lett. a), del regolamento²⁰. Quest'ultimo passaggio appare particolarmente importante nell'*iter* argomentativo seguito dal Tribunale. Infatti, nell'escludere che l'errata convinzione circa l'operatività della disciplina di conflitto interna sia tale da inficiare la scelta effettuata dalle parti a favore della legge albanese, ciò che appare dirimente nel senso di ritenere soddisfatto il requisito della scelta informata è il riferimento espresso operato dai coniugi nel ricorso introduttivo al contenuto specifico della legge albanese, ritenuto dagli stessi coniugi maggiormente idoneo a soddisfare le proprie esigenze rispetto a quanto previsto dalla legge italiana²¹.

7. Correttamente, infine, il Tribunale esclude siano rinvenibili altri elementi per escludere l'operatività della legge albanese, prescelta dalle parti: non il fatto che si tratti della legge di uno Stato non membro dell'Unione europea, dato che per espressa disposizione normativa le norme uniformi

¹⁸ Nell'ordinamento italiano non si rinviene una precisa disposizione normativa in merito a tale aspetto. Nondimeno, la giurisprudenza ha affermato il principio secondo il quale l'*optio legis*, da qualificarsi come negozio di diritto processuale, può avvenire fino al momento in cui alle parti è consentito integrare le proprie domande (art. 709, comma 3, cod. proc. civ.), momento che – in caso di trasformazione del giudizio da contenzioso a consensuale – coincide con l'udienza di precisazione delle conclusioni.

¹⁹ È in particolare dall'art. 7, par. 2, che eventuali requisiti di forma supplementari previsti dall'Italia, quale Stato di residenza abituale dei coniugi, si vedrebbero conferito rilievo.

²⁰ Più precisamente, dall'art. 8, lett. a), che prevede la legge della residenza comune dei coniugi al primo posto di un'articolata sequenza di criteri.

²¹ Ad una diversa conclusione era giunto, con ordinanza datata 11 dicembre 2012, il Tribunale di Milano, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2013, p. 753. Anche in questo caso, i coniugi si erano espressamente richiamati negli scritti difensivi alla propria legge nazionale (in particolare, al codice civile dell'Ecuador) sulla base della convinzione che il criterio oggettivo della cittadinanza dei coniugi quale previsto dall'art. 31, 1° comma, della legge 218/1995 fosse in effetti “l'unico disponibile per disciplinare la fine del matrimonio e le pronunce conseguenti”. Secondo i giudici milanesi, le parti non avevano usufruito della facoltà di scelta offerta dal regolamento (UE) n. 1259/2010 poiché “la legge ritenuta applicabile era già pre-impostata dal disposto dell'art. 31, 1° comma, l. 218/1995 sulla base del quale nessuna opzione era possibile”. Partendo da questo presupposto, il Tribunale rileva peraltro come la designazione della legge applicabile può essere effettuata dai coniugi anche nel corso del giudizio, se ciò è ammesso dalla *lex fori* (art. 5, par. 3, regolamento Roma III) ed invoca l'art. 709 cod. proc. civ. – secondo il quale, con l'ordinanza di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, il Presidente assegna un termine al ricorrente e al convenuto per il deposito di memorie in cui indicare, tra gli altri, gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda e, per il convenuto, le relative eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio – per affermare la possibilità per il Presidente di informare le parti sulla facoltà di esercitare l'*optio legis*. Ciò puntualmente avviene nel caso di specie, con un preciso invito formulato alle parti dal Presidente ad indicare, nella memoria integrativa e nell'atto di costituzione, la legge che intendono sia applicata nel giudizio, in particolare manifestando la volontà che sia applicata la legge ecuadoriana (legge dello Stato di comune cittadinanza) ovvero quella italiana (legge dello Stato di residenza abituale).

hanno carattere universale o *erga omnes* (art. 4) e sono pertanto suscettibili di condurre all'applicazione della legge di Stati terzi, oltre che di Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata, e nemmeno l'assenza di una precedente sentenza di separazione. In merito a tale ultimo aspetto, infatti, il Tribunale esclude possa configurarsi un contrasto con l'ordine pubblico, secondo quanto previsto dall'art. 12 del regolamento (UE) n. 1259/2010, ritenendo sufficiente ai fini della pronuncia di divorzio la comprovata impossibilità di ricostruire la comunione spirituale e materiale tra i coniugi²².

8. Si riferisce a fatti in gran parte analoghi, ma sembra comunque meritevole di attenzione, la sentenza pronunciata dal Tribunale di Treviso in data 20 settembre 2016²³. Si tratta, come nella fattispecie analizzata in precedenza, di una coppia di coniugi stranieri – entrambi di nazionalità moldava – inserita stabilmente nella realtà sociale italiana. In questo caso, però, il procedimento ha natura contenziosa: l'istanza di divorzio viene presentata dalla moglie invocando espressamente nel ricorso introduttivo il Codice della Famiglia moldavo, il quale consente ai coniugi di ottenere lo scioglimento del vincolo coniugale senza previa separazione. Costituitosi in giudizio, il marito non contesta l'applicazione della legge moldava né si oppone alla domanda di divorzio, limitandosi a chiedere il rigetto della domanda di addebito formulata dalla moglie.

9. Come risulta dall'ordinanza di rimessione della causa sul ruolo istruttorio, l'applicabilità della legge moldava viene inizialmente revocata in dubbio dal Tribunale, non risultando in tal senso alcun accordo tra i coniugi. Veniva perciò evocata l'applicazione della legge italiana sulla base di quanto previsto dall'art. 8, lett. a), del regolamento Roma I, quale legge dello Stato di residenza comune dei coniugi, prospettando una declaratoria di ammissibilità del ricorso di divorzio – nonché delle ulteriori domande formulate in merito all'affidamento e al mantenimento della prole – posto che l'ordinamento italiano ammette che sia pronunciato il divorzio, eccetto che in circostanze eccezionali, non ricorrenti nel caso di specie, di cui all'art. 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”), solo se preceduto da una declaratoria di separazione personale²⁴.

10. Esaminando il profilo inerente all'individuazione della legge applicabile, il Tribunale ritiene attestata in modo univoco dagli scritti difensivi delle parti la volontà comune di assoggettare la regolazione del divorzio alla propria legge nazionale comune: la moglie, infatti, nella formulazione del ricorso di divorzio aveva espressamente invocato il Codice della famiglia moldavo e, a sua volta, il marito non solo non si era opposto al divorzio, ma aveva altresì chiesto il rigetto della domanda di addebito del divorzio, non essendo tale istituto contemplato nell'ordinamento moldavo. Da ciò, il Tribunale ritiene di poter ricavare in modo inequivocabile il comune intendimento delle parti di vedere applicata, tra quelle testualmente indicate dall'art. 5, par. 1, del regolamento Roma III, la legge nazionale comune indicata alla lett. c), richiamandosi ad un principio consolidato nella prassi applicativa, quello cioè secondo il quale non è necessario ai fini del perfezionamento dell'*optio legis* che le dichiarazioni dei coniugi siano contestuali e raccolte in un unico documento.

11. Per quanto concerne in particolare il requisito minimo della forma scritta stabilito dall'art. 7, par. 1, del regolamento allo scopo di assicurare che la scelta sia formulata dai coniugi in modo consapevole, esso risulta soddisfatto nel caso di specie dal fatto che la volontà è stata manifestata da entrambi i coniugi rispettivamente nel ricorso e nella memoria di costituzione. Non sono d'altro canto previsti nell'ordinamento italiano requisiti di forma supplementari. Sulla tempestività dell'accordo, il Tribunale rileva come la scelta dei coniugi a favore della legge moldava risulti chiaramente sin dalla fase introduttiva del giudizio (ricorso e memoria di costituzione del resistente), osservando peraltro come nell'ordinamento italiano l'*electio juris* debba ritenersi ammissibile anche nel corso del procedimento,

²² Sul punto v. Cass. civ., 25 luglio 2006, n. 16978, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 432.

²³ Il testo integrale della sentenza è reperibile nella Banca dati “Leggi d'Italia” De Agostini.

²⁴ In particolare, secondo quanto previsto dalla citata legge n. 898/1970, nel testo modificato dalla legge 6 maggio 2015, n. 55 (c.d. “Divorzio breve”), il periodo di separazione deve essersi protratto per un anno, nel caso della separazione giudiziale, o di sei mesi, nel caso di separazione consensuale (art. 3).

purché essa intervenga entro i termini previsti dall'art. 709, 3° comma, cod. proc. civ., e dall'art. 4, 5° comma, della legge n. 898/1970, affinché le parti possano integrare e precisare gli elementi di diritto costituenti le ragioni delle rispettive domande.

12. Il Tribunale accoglie pertanto la domanda di scioglimento del matrimonio in applicazione dell'art. 33, 2° comma, del Codice della famiglia moldavo, ai sensi del quale “il matrimonio può cessare tramite divorzio in base alla richiesta di uno o entrambi i coniugi”, riscontrando nel caso di specie l'impossibilità di ricostituire la comunione materiale e spirituale di vita tra i coniugi. Sulla base della medesima legge, il Tribunale respinge la richiesta di addebito formulata dalla moglie, atteso che l'istituto non trova alcuna corrispondenza nell'ordinamento designato.

È questo un profilo sul quale il Tribunale non ritiene utile soffermarsi, ma di rilevante interesse. Sul punto, è appena il caso di notare che l'*optio legis* deve intendersi diretta ad individuare la legge materiale di un singolo ordinamento statale, senza possibilità di selezionare da una pluralità di ordinamenti le singole disposizioni ritenute più favorevoli rispetto ai propri interessi (c.d. *cherry-picking*)²⁵. Nel caso in esame, peraltro, la richiesta avente ad oggetto l'addebito proviene unilateralmente da una delle parti. La questione, allora, potrebbe essere quella di ritenere non validamente formatosi l'accordo dei coniugi in merito alla *lex divortii* proprio nella misura in cui nel ricorso introduttivo la moglie evoca contestualmente l'applicazione di una specifica norma dell'ordinamento italiano che non trova alcuna corrispondenza in quello moldavo. Ogni dubbio in tal senso è tuttavia fugato nella fattispecie concreta dalla successiva presentazione da parte dei coniugi, in sede di precisazione delle conclusioni, di un accordo volto specificamente a designare la legge moldava come legge regolatrice del divorzio.

Ne risulta confermata in ogni caso l'importanza di effettuare l'*optio legis* non solo tempestivamente – nel rispetto dunque dei termini processuali desumibili dalla *lex fori* – ma anche in termini univoci: una scelta formulata in modo non immediatamente chiaro rischia infatti di riflettersi in danno dei coniugi, dilatando i tempi di definizione del giudizio e comportando un inutile dispendio di attività processuali. Vi è poi il rischio che il giudice reputi invalida la scelta effettuata, ripiegando sui criteri oggettivi stabiliti dall'art. 8 del regolamento: in entrambi i casi sin qui analizzati, ciò avrebbe condotto all'applicazione della legge italiana quale legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi (lett. a), con l'effetto di precludere la possibilità di accedere direttamente al divorzio in assenza di una previa separazione, a detrimento degli interessi dei coniugi²⁶.

13. Da ultimo, occorre rilevare come nei casi in cui i coniugi si sono avvalsi della facoltà di scegliere la legge applicabile, ciò è avvenuto limitatamente al profilo attinente allo *status*, secondo quanto previsto dall'art. 5 del regolamento (UE) n. 1259/2010, mentre nulla è stato disposto dagli stessi coniugi in ordine alla legge applicabile alle domande accessorie di volta in volta formulate, in particolare per quanto riguarda le obbligazioni di mantenimento a favore della prole, o di uno dei due coniugi nei confronti dell'altro, ovvero i rapporti patrimoniali tra i coniugi. Si tratta, come noto, di aspetti che esulano dall'ambito di applicazione del regolamento Roma III, da ricondurre ad altri regolamenti – preesistenti o successivamente adottati – dell'Unione europea, i quali parimenti concedono spazio all'esercizio dell'*optio legis*²⁷. Risultano perciò ancora inesprese nella prassi applicativa italiana le potenzialità, pun-

²⁵ Tale pratica, come noto, risulta preclusa persino nel settore delle obbligazioni contrattuali, tipicamente ispirato alla più ampia valorizzazione della volontà delle parti. Dal regolamento Roma III risulta peraltro esclusa anche la diversa possibilità di operare un *dépeçage* della fattispecie – quest'ultima, invece, ammessa in ambito contrattuale: v. l'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, c.d. “Roma I”: sul punto, v. P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 ss., p. 315.

²⁶ È rimasta priva di conseguenze pregiudizievoli per i coniugi l'errata valutazione operata da TRIB. COSENZA, 18 settembre 2017, n. 1834, che ha pronunciato il divorzio tra due coniugi albanesi in applicazione della legge nazionale comune – quindi in assenza di un previo periodo di separazione – invocando l'art. 8, lett. c), del regolamento sebbene vi fossero i presupposti per ricavare dagli scritti difensivi che l'applicazione della legge albanese fosse in realtà il frutto della scelta congiunta delle parti.

²⁷ Oltre al già citato regolamento (UE) n. 1103/2016 in tema di regimi patrimoniali tra coniugi, viene in considerazione in particolare il regolamento (UE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (il quale a sua volta rinvia, attraverso l'art. 15, al Protocollo dell'Aja del 2007), in *GUUE* L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.

tualmente evidenziate dalla dottrina, che un accorto esercizio dell'autonomia internazionalprivatistica è in grado di spiegare in un quadro normativo estremamente frammentato, riconducendo ad un'unica legge i molteplici aspetti – distinti l'uno dall'altro, ma al contempo strettamente connessi – che richiedono, con l'insorgere della crisi matrimoniale, di essere regolati attraverso l'intervento del giudice²⁸.

III. La prassi applicativa sull'art. 8 del regolamento (UE) n. 1259/2010: l'individuazione della legge applicabile in caso di mancato accordo tra i coniugi

14. Non sempre, tuttavia, come accennato, ricorrono i presupposti per un proficuo esercizio dell'autonomia internazionalprivatistica cui, come sottolineato, il regolamento (UE) n. 1259/2010 conferisce rilievo primario. La prassi applicativa evidenzia infatti le difficoltà che si frappongono, specialmente nel contesto di un procedimento di natura contenziosa, alla possibilità di addivenire ad un accordo tra i coniugi in ordine alla legge applicabile alla separazione personale o al divorzio²⁹. Se dunque non può escludersi che in talune ipotesi il mancato esercizio dell'*optio legis* possa ricondursi ad un comportamento inerte dei coniugi, magari non adeguatamente informati sul punto dai propri difensori, la ragione è da individuarsi nella generalità dei casi nell'impossibilità oggettiva di pervenire di comune accordo alla designazione della legge applicabile, determinata, a seconda dei casi, da un'irriducibile divergenza di vedute tra i coniugi oppure dall'impossibilità materiale di acquisire il consenso dell'altro coniuge, resosi irreperibile: del resto, la scelta della legge applicabile alla separazione o al divorzio non viene normalmente effettuata se non quando la crisi matrimoniale è ormai irrimediabilmente in atto.

In tale scenario, assume rilievo centrale la disciplina posta dall'art. 8 del regolamento, il quale, per le ipotesi di mancato accordo tra le parti, individua la legge regolatrice alla stregua di una sequenza di criteri oggettivi operanti secondo un concorso successivo³⁰. Tra questi, un ruolo privilegiato viene accordato alla legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi quale legge maggiormente idonea a soddisfare le esigenze di prossimità che permeano l'impianto del regolamento; ove invece i coniugi risiedano in Stati diversi, il criterio di collegamento è individuato nella legge dello Stato di localizzazione dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi, alla duplice condizione che non sia trascorso più di un anno dal momento in cui questa è cessata e che uno dei coniugi continui a risiedervi (rispettivamente lett. *a*) e lett. *b*). In via subordinata, la disposizione richiama la legge di comune cittadinanza dei coniugi (lett. *c*) e, in ultima istanza, la *lex fori* (lett. *d*)³¹. Come è agevole notare, l'elenco è modellato sulla falsariga dell'art. 5, par. 1, con due importanti precisazioni: per quanto concerne la legge nazionale, si fa riferimento alla comune cittadinanza dei coniugi per l'ovvia esigenza di garantire equidistanza tra i coniugi; inoltre, la sussistenza dei singoli elementi di connessione indicati deve essere accertata avendo riguardo al momento in cui viene adita l'autorità giurisdizionale.

²⁸ Sul valore aggiunto che in tale quadro può spiegare la libera determinazione delle parti, v. P. FRANZINA, "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio", cit., p. 495, che osserva come l'autonomia internazionalprivatistica "si conferma capace di fungere da strumento di razionalizzazione di regimi conflittuali complessi, contro gli inconvenienti insiti nella diversificazione delle fonti e nella specializzazione delle regole di conflitto". In senso analogo, v. R. CLERICI, "Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", cit., p. 1064.

²⁹ Per tale rilievo, v. R. CLERICI, "Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", cit., p. 1053, che osserva come "una simile autonomia appare soprattutto esercitabile nelle ipotesi di separazione personale o di scioglimento del matrimonio su base consensuale, oltre che nel caso di coppie particolarmente attente e (pessimisticamente) lungimiranti, in grado di pianificare con largo anticipo (o addirittura al momento del matrimonio) la legge applicabile alla futura patologia del loro vincolo, eventualmente in concomitanza con la scelta del regime patrimoniale".

³⁰ Peraltro, l'operatività dell'art. 8 non risulta circoscritta alle ipotesi di mancato esercizio dell'*optio legis*, estendendosi altresì alle fattispecie in cui la scelta sia stata effettuata dai coniugi senza ottemperare alle condizioni fissate dalla normativa uniforme, nonché, come si ricava dall'art. 12, nel caso in cui l'applicazione della legge straniera designata dalle parti produca effetti manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico del foro.

³¹ Per un approfondimento sull'art. 8, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010", questa *Rivista*, 2012, p. 52 ss.; Z. CRESPI REGHIZZI, *sub* Art. 8, in P. FRANZINA (a cura di), "Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Commentario", *Le Nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 1435 ss., p. 1491 ss.

15. La vicenda familiare all'origine della pronuncia emessa dal Tribunale di Modena in data 26 gennaio 2016 risulta emblematica delle difficoltà evocate³². L'istanza di separazione viene presentata da una cittadina marocchina, unita in matrimonio ad un proprio connazionale, la quale allega l'irreparabile deterioramento del rapporto coniugale a fronte dell'abbandono da parte del marito della casa familiare e del suo ritorno in patria, al quale era poi seguita la totale interruzione di qualsiasi forma di comunicazione anche nei confronti della figlia minore della coppia. Oltre alla domanda di separazione, la donna agisce in giudizio per ottenere l'affidamento della figlia minore e la corresponsione a favore di quest'ultima da parte del marito di un assegno di mantenimento. Il marito, non costituitosi in giudizio sebbene ritualmente citato, viene dichiarato contumace.

16. Per quanto concerne il profilo attinente allo *status*, dopo aver verificato positivamente la sussistenza della giurisdizione italiana alla stregua del criterio indicato dall'art. 3, par. 1, lett. a), secondo trattino, del regolamento Bruxelles II-bis (ultima residenza abituale dei coniugi, se uno di essi vi risiede ancora), il Tribunale individua correttamente il parametro normativo di riferimento nell'art. 8 del regolamento (UE) n. 1259/2010, escludendo di conseguenza l'applicazione della disciplina di diritto interno di cui all'art. 31 della legge n. 218/1995, la cui portata risulta ormai circoscritta ai soli procedimenti avviati prima della data di applicazione del regolamento, ossia prima del 21 giugno 2012.

I criteri di collegamento oggettivi previsti dalla disciplina uniforme vengono rapidamente passati in rassegna dal Tribunale per scartarne, in sequenza, l'applicazione: in mancanza di una residenza abituale comune, e dovendosi parimenti escludere l'applicazione del criterio dell'ultima residenza abituale comune – essendo trascorso oltre un anno dal trasferimento all'estero del marito – il Tribunale ritiene di non poter applicare nemmeno il criterio della comune cittadinanza dei coniugi: ciò in quanto il diritto privato marocchino non contempla l'istituto della separazione personale che costituisce l'oggetto specifico della domanda formulata in giudizio dalla ricorrente. Il Tribunale ripiega pertanto sull'applicazione della *lex fori*, che, come già ricordato, nella gerarchia dei criteri individuata dall'art. 8 si colloca all'ultimo posto (lett. d)), come criterio destinato ad entrare in gioco soltanto ove risulti preclusa la possibilità di applicare quelli previsti con ordine prioritario, pronunciando la separazione personale dei coniugi sulla base dell'art. 151, 1° comma, cod. civ.

17. Nel giungere a tale esito applicativo, in sé corretto, il Tribunale tralascia peraltro di individuare il fondamento, che pare potersi rinvenire nell'art. 10 del regolamento (UE) n. 1259/2010. Ispirandosi a considerazioni materiali, la disposizione ora richiamata impone l'applicazione della legge del foro nelle ipotesi in cui la legge applicabile individuata in applicazione delle norme di conflitto uniformi stabilite dallo stesso regolamento non preveda l'istituto del divorzio³³. Nonostante il silenzio della norma, che testualmente si riferisce soltanto alla mancata previsione del divorzio, sembra lecito ritenere che la medesima soluzione possa estendersi alle ipotesi in cui sia invece il diverso istituto della separazione personale a non essere contemplato nell'ordinamento richiamato³⁴.

³² Il testo integrale della sentenza è pubblicato sulla Banca dati "Leggi d'Italia", De Agostini.

³³ La soluzione accolta dal regolamento si pone, sotto tale aspetto, in linea di continuità con la disciplina di conflitto posta dall'art. 31, 2° comma, della legge n. 218/1995, contribuendo ad enucleare un vero e proprio diritto al divorzio, a prescindere dalla cittadinanza del soggetto: per tale rilievo, v. B. NASCIBENE, "Divorzio e diritto internazionale privato", in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato. Dizionario del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 156 ss., p. 161. La stretta inerente delle situazioni familiari alla sfera esistenziale e personale dell'individuo è, d'altro canto, oggetto di unanime riconoscimento: così espressamente GUIDO ALPA, ELENA BARGELLI, "Premessa: i rimedi alla crisi familiare", in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e Matrimonio*, vol. I, tomo II, del *Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti*, Milano, Giuffrè, p. 1223 ss., p. 1288. L'art. 10 del regolamento Roma III si applica, inoltre, alle ipotesi in cui la *lex causae* discrimini sulla base del sesso il diritto dei coniugi di accedere al divorzio, imponendo a sfavore di uno di essi il rispetto di condizioni più restrittive: il riferimento è in particolare al ripudio unilaterale previsto a favore esclusivo del marito.

³⁴ Così A. LEANDRO, *sub* Art. 10, in P. FRANZINA (a cura di), "Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 ...", cit., p. 1503 ss., p. 1506. Per l'opinione contraria, v. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Esclusione dell'applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III", cit., p. 275 s., che puntualizza che, se l'ordinamento richiamato non prevede la separazione personale, ma ammette la possibilità di addivenire allo scioglimento del vincolo, il giudice adito non potrà in questo caso ripiegare sull'applicazione della legge del foro, ma dovrà respingere la domanda di separazione personale.

A tale stregua, l'art. 10 isola uno specifico aspetto attinente alla salvaguardia dell'ordine pubblico interno, che trova considerazione in termini più ampi nella clausola di cui all'art. 12³⁵. Sembra utile ricordare, sotto tale profilo, che la compatibilità con l'ordine pubblico interno degli effetti dell'applicazione in Italia della legge marocchina era già stata vagliata di fronte alle corti nazionali, ma da un'altra angolazione: in relazione ad istanze di divorzio sottoposte a tale legge – vuoi attraverso l'*optio legis*, vuoi in applicazione del criterio oggettivo indicato dall'art. 8, lett. c), del regolamento Roma III – era stato escluso che potesse ravvisarsi un contrasto in ragione della possibilità, prevista nell'ordinamento marocchino, di accedere al divorzio per mutuo consenso senza un periodo di previa separazione³⁶.

Nel caso di specie, invece, il contrasto viene rilevato dall'organo giudicante in quanto l'istanza avanzata dalla ricorrente ha ad oggetto specificamente la separazione, un istituto non contemplato dalla *lex causae*. Da questo punto di vista, può osservarsi come l'irreperibilità del marito abbia precluso alla ricorrente di accedere direttamente al divorzio: ne è derivata invero l'impossibilità di raggiungere un accordo sulla legge applicabile e di selezionare, per questa via, la legge nazionale comune come legge applicabile sulla base della facoltà offerta dall'art. 5, lett. c), del regolamento: ciò ad evidente riprova di quanto pervasivi possano essere i riflessi che, in funzione della legge applicabile, si producono sul tipo di istanza formulabile in giudizio e di conseguenza sulla tutela dei diritti dei singoli³⁷.

18. La *lex fori*, si noti, viene applicata dal Tribunale di Modena anche rispetto alle altre istanze formulate dalla ricorrente, aventi ad oggetto l'affidamento della figlia minore e la richiesta di un contributo al mantenimento della stessa: è tuttavia omesso qualsiasi cenno alle pertinenti norme di conflitto.

Si tratta di una tendenza in effetti piuttosto diffusa nella prassi, che riflette la difficoltà dell'interprete di orientarsi in un quadro normativo – come già si è avuto modo di notare – assai articolato e complesso, in base al quale i diversi aspetti di una vicenda complessa come quella della crisi matrimoniale sono da ricondurre a strumenti normativi distinti, di derivazione sovranazionale, che hanno progressivamente eroso l'originario ambito di applicazione della disciplina di conflitto interna di cui alla legge n. 218/1995³⁸. Resta peraltro da segnalare che, con la riforma del diritto della filiazione operata nel 2012, è stato inserito nella legge n. 218/1995 un nuovo articolo, l'art. 36-bis, che qualifica come di applicazione necessaria, rendendole dunque applicabili nonostante il richiamo ad altra legge, “le norme

³⁵ In base all'art. 12 del regolamento, “[l]’applicazione di una norma della legge designata in virtù del presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l’ordine pubblico del foro”. Ove la *lex causae* venga disapplicata per asserito contrasto con l’ordine pubblico, il diritto applicabile dovrà essere individuato secondo i criteri propri di ciascun ordinamento: v. per quanto riguarda l’Italia l’art. 16, 2° comma, della legge n. 218/1995, secondo il quale il giudice dovrà applicare la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa ovvero, in mancanza, la legge italiana.

³⁶ In tal senso, v. TRIB. BELLUNO, 27 ottobre 2016, *supra*, par. 4.

³⁷ Sul punto, v. anche TRIB. MANTOVA, 19 gennaio 2016, che ha dichiarato inammissibile la domanda di divorzio, e le ulteriori domande connesse, avanzate da una cittadina cinese nei confronti del marito, anch’egli di nazionalità cinese, sulla base della legge italiana – applicabile *ex art.* 8, lett. b) del regolamento (UE) n. 1259/2010 – posto che la legge italiana, a differenza di quella cinese, pur invocata dalla ricorrente, non ammette lo scioglimento del matrimonio senza una previa declaratoria di separazione personale. Il marito risultava irreperibile e per questo non era stato possibile acquisirne il consenso per designare di comune accordo la legge cinese ed ottenere, per tale via, il divorzio immediato. Sottolinea come, in caso di mancato accordo tra le parti, le norme uniformi conducano in molti casi a precludere l’accesso al divorzio immediato previsto da diversi ordinamenti, con riferimento specifico alla legge marocchina, R. CLERICI, “Il ruolo dell’autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (CE) n. 1259/2010 ...”, cit., p. 359.

³⁸ In relazione ad alcuni aspetti, invece, le norme di conflitto interne conservano la propria efficacia: si pensi ad esempio alle condizioni per contrarre matrimonio (art. 27) e alla forma del matrimonio (art. 28). Diverse pronunce affrontano in particolare il profilo della mancata trascrizione nei registri dello stato civile italiano del matrimonio celebrato all’estero (rispetto al quale trovano applicazione le disposizioni dell’Ordinamento dello stato civile contenute nel D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396), escludendo che ciò costituisca una condizione ostativa rispetto alla statuizione sul vincolo da parte delle corti italiane, in linea con il principio, affermato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità, che attribuisce alla trascrizione del matrimonio nell’ordinamento italiano un’efficacia non già costitutiva, ma meramente dichiarativa (cfr. CASS. CIV., Sez. un., 28 ottobre 1985, n. 5292, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1987, p. 92 ss.). Dovrà nondimeno accertarsi, in applicazione dell’art. 28 della legge n. 218/1995, il rispetto dei requisiti di forma richiesti, alternativamente, dalla legge del luogo di celebrazione del matrimonio, dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi ovvero dalla legge dello Stato di comune residenza dei coniugi al momento della celebrazione del matrimonio: sul punto, v. *ex multis* TRIB. PARMA, 2 gennaio 2017; TRIB. ROMA, 19 maggio 2017.

del diritto italiano che *a)* attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale; *b)* stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio; *c)* attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio³⁹.

19. Sono molteplici le sentenze che, analogamente, hanno pronunciato la separazione personale o il divorzio tra i coniugi sulla base della legge italiana quale legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi oppure quale legge dell'ultima residenza abituale della coppia, come previsto dall'art. 8 del regolamento, rispettivamente lett. *a)* e lett. *b)*⁴⁰. In altri casi, più sporadici, l'applicazione della legge italiana risulta dal criterio residuale stabilito dall'art. 8, lett. *d)*, ossia a titolo di legge dello Stato del foro⁴¹. Nel complesso, non risultano particolari difficoltà applicative, anche se talvolta la giurisprudenza di merito omette di indicare il singolo criterio rilevante nel caso concreto. Di fatto, accade frequentemente che i criteri oggettivi indicati dall'art. 8 del regolamento, per le ipotesi di mancato esercizio dell'*optio legis* da parte dei coniugi, conducano al medesimo esito applicativo⁴². Ne deriva una corrispondenza tra *forum* e *jus* che risulta indubbiamente proficua, per le ragioni già evidenziate in termini di semplificazione e di efficienza processuale e che, tuttavia, non appare priva di riflessi negativi per i coniugi, ove la legge nazionale di questi ultimi consenta di accedere più facilmente allo scioglimento del vincolo.

20. Frequenti sono i casi in cui l'istanza di separazione è stata formulata in giudizio con contestuale richiesta di addebito a carico del coniuge, per lo più rimasto contumace nel procedimento⁴³. Nella generalità dei casi, anche quando la richiesta di addebito ha trovato accoglimento – in particolare allorché sono stati riscontrati comportamenti violenti del marito nei confronti della moglie e dei figli – e non è stata invece rigettata per mancanza di prove, le corti interne hanno trascurato di inquadrare giuridicamente tale istituto attraverso il riferimento alle pertinenti norme di conflitto, applicando *de plano* la legge italiana⁴⁴. Dalle pronunce esaminate sembra comunque trasparire l'inclinazione dei giudici italiani a qualificare la questione dell'addebito come ancillare a quella relativa allo *status*, riconducendola

³⁹ Cfr. la legge 10 dicembre 2012, n. 219 (“Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”) e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (“Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”).

⁴⁰ Hanno pronunciato la separazione personale o il divorzio sulla base della legge italiana in applicazione dell'art. 8, lett. *a)* del regolamento Roma III, TRIB. ROMA, 26 gennaio 2016, n. 1584 (separazione tra coniugi di nazionalità straniera, non specificata); TRIB. ROMA, 1° giugno 2016 (separazione tra coniugi di nazionalità filippina); TRIB. ROMA, 28 giugno 2016 (separazione tra un cittadino colombiano nei confronti della moglie ecuadoriana); TRIB. ROMA, 5 agosto 2016 (separazione tra una cittadina italiana e un cittadino egiziano); TRIB. ROMA, 8 agosto 2016 (istanza di separazione avanzata in giudizio da un cittadino italo-tunisino nei confronti della moglie rumena); TRIB. ROMA, 14 ottobre 2016 (separazione tra un cittadino italiano e la moglie cubana); TRIB. ROMA, 11 ottobre 2016 (istanza di separazione introdotta da una cittadina italiana nei confronti del marito tunisino); TRIB. ROMA, 28 settembre 2016, n. 17955 (separazione tra una cittadina italiana nei confronti del marito marocchino); TRIB. ROMA, 8 marzo 2016, n. 4804 (separazione tra una cittadina italiana e un cittadino polacco); TRIB. ROMA, 14 ottobre 2016 (separazione tra una cittadina italiana e un cittadino marocchino); TRIB. ROMA, 18 novembre 2016 (separazione tra una cittadina italiana e un cittadino cinese); TRIB. ROMA, 12 dicembre 2016 (separazione tra una cittadina italiana e un cittadino nigeriano); TRIB. ROMA, 9 agosto 2016 (divorzio tra due cittadini peruviani); TRIB. ROMA, 16 giugno 2017 (divorzio tra una cittadina peruviana e un cittadino italiano). Hanno pronunciato la separazione, sempre in applicazione della legge italiana, avendo riguardo però all'ultima residenza abituale dei coniugi, come previsto dall'art. 8, lett. *b)*, del regolamento Roma III, TRIB. AOSTA, 10 luglio 2017 (istanza di separazione presentata dal marito italo-marocchino nei confronti della moglie marocchina); TRIB. ROMA, 17 marzo 2017 (separazione tra una cittadina peruviana e un cittadino italiano); TRIB. ROMA, 21 aprile 2017 (separazione tra un cittadino italo-brasiliano e una cittadina di nazionalità statunitense).

⁴¹ Cfr. TRIB. ROMA, 13 settembre 2016 (separazione richiesta da un cittadino italiano nei confronti della moglie ruandese); Trib. di Roma, 19 maggio 2017 (separazione con addebito richiesta da una cittadina nei confronti del marito tedesco).

⁴² V. TRIB. PADOVA, 3 marzo 2017, che, in relazione all'istanza di divorzio presentata da una cittadina marocchina nei confronti del marito italiano, ha applicato la legge italiana invocando non già la lett. *a)*, come sarebbe stato corretto, dato che entrambi i coniugi avevano mantenuto la propria residenza abituale in Italia, ma la lett. *d)*, che fa riferimento diretto alla *lex fori*.

⁴³ In argomento, v. I. AQUIRONI, *L'addebito della separazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, questa *Rivista*, 2017, p. 76 ss.

⁴⁴ Viene in rilievo in particolare l'art. 151, 2° comma, cod. civ., secondo il quale “[i]l giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio”.

pertanto al regolamento Bruxelles II-*bis*, per quanto riguarda il profilo dell'individuazione del giudice competente, e al regolamento Roma III per quanto concerne invece il diritto applicabile⁴⁵.

21. La sentenza emessa dal Tribunale di Belluno in data 13 giugno 2017 si segnala per aver compiuto un appropriato inquadramento dell'istituto dell'addebito⁴⁶. La richiesta di separazione con addebito viene formulata in giudizio da una cittadina di nazionalità albanese nei confronti del marito, anch'egli di nazionalità albanese. Sul punto, il Tribunale osserva come la richiesta di addebito, pur costituendo una domanda autonoma e eventuale, "risulti inscindibilmente connessa alla domanda di separazione personale, tanto da non poter essere proposta in un diverso giudizio". Sulla base di tale rilievo, il Tribunale esclude che la richiesta di addebito possa essere assoggettata – come in effetti parte della giurisprudenza ritiene⁴⁷ – ad una disciplina diversa da quella prevista rispettivamente dai regolamenti Bruxelles II-*bis* e Roma III.

Anche in questo caso, il marito è rimasto contumace e non risulta agli atti un preventivo accordo tra le parti in merito alla legge applicabile, con conseguente applicazione dell'art. 8, lett. b), del regolamento in ultimo richiamato, dovendosi individuare in Italia il luogo dell'ultima residenza abituale dei coniugi nell'ultimo anno che precede l'introduzione del giudizio. Il Tribunale giunge così a pronunciare la separazione personale tra i coniugi sulla base della legge italiana, dopo aver constatato, sulla base di quanto richiesto dall'art. 151, 1° comma, cod. civ., l'irrimediabile deterioramento del rapporto coniugale e l'impossibilità di ripristinare l'ormai cessata convivenza. Circa l'ulteriore istanza formulata dalla moglie, il Tribunale ritiene che, alla luce della condotta violenta del marito – attestata da una condanna penale – vi siano i presupposti per una dichiarazione di addebito a carico del marito (art. 151, 2° comma, cod. civ.).

22. A dimostrazione di come la prassi interna non sia sempre rigorosa nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato di matrice europea, può notarsi, infine, come alcune pronunce applichino la legge italiana alla questione relativa all'assegnazione della casa familiare senza dare conto delle norme di conflitto rilevanti nel caso di specie: la tendenza in questo caso sembrerebbe quella di considerare il provvedimento come misura di protezione del minore, in quanto tale riconducibile, *ratione temporis*, alla Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, cui l'art. 42 della legge n. 218/1995 rinvia "in ogni caso"⁴⁸. In generale, poi, il riferimento alla disciplina posta dall'art. 31 della legge n. 218/1995, invero piuttosto ricorrente nella prassi, appare improprio stante il carattere universale o *erga omnes* che, come già evidenziato, contraddistingue le norme di conflitto dettate dal regolamento (art. 4), dal quale discende

⁴⁵ Così, ad esempio, ha accolto la richiesta di addebito sulla base della legge italiana, su richiesta avanzata da una cittadina italo-serba nei confronti del marito, di nazionalità kosovara, TRIB. PARMA, 2 gennaio 2017, in Banca Dati "Leggi d'Italia", De Agostini. In senso analogo v. TRIB. PADOVA, 9 maggio 2017 (separazione con addebito, richiesta da una cittadina rumena nei confronti del coniuge, suo connazionale). V. anche TRIB. ROMA, 7 luglio 2016, n. 13753 (separazione richiesta da una cittadina italo-francese nei confronti del marito rumeno, accolta con addebito congiunto). Tra le pronunce che, invece, hanno respinto la richiesta di addebito, cfr. TRIB. ROMA, 17 marzo 2017 (separazione tra una cittadina peruviana nei confronti del marito italiano); TRIB. ROMA, 21 aprile 2017 (separazione tra un cittadino italo-brasiliano nei confronti della moglie di nazionalità statunitense); TRIB. ROMA, 20 gennaio 2017 (separazione tra due coniugi peruviani); TRIB. PADOVA, 13 gennaio 2017 (separazione tra una cittadina ucraina nei confronti del marito italiano).

⁴⁶ La sentenza risulta allo stato attuale inedita. In senso conforme, v. TRIB. BELLUNO, 30 dicembre 2011, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2012, p. 452.

⁴⁷ In questi termini, v. TRIB. TIVOLI, 6 aprile, 2011, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2011, p. 1097, che assimila la domanda di addebito ad un'azione di risarcimento danni, riconducendola, per quanto concerne la giurisdizione, all'art. 5, n. 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 (Bruxelles I), cui corrisponde l'attuale art. 7, n. 2, del regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-*bis*).

⁴⁸ In tal senso, v. TRIB. ROMA, 26 gennaio 2016; TRIB. ROMA, 17 marzo 2017, cit. Ciò in linea con l'art. 337-*sexies*, cod. civ., introdotto dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, secondo il quale "[i]l godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli". La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ratificata ed eseguita dall'Italia con la legge 18 giugno 2015, n. 101, trova applicazione solo con riferimento alle controversie instaurate a decorrere dal 1° gennaio 2016.

l'integrale disapplicazione delle corrispondenti norme di conflitto nazionali degli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata⁴⁹.

IV. Osservazioni conclusive

23. A conclusione di questa breve rassegna, può osservarsi come, in relazione alle istanze di divorzio o di separazione personale formulate innanzi ai giudici italiani nelle situazioni di crisi coniugale connotate in senso transnazionale, l'esito applicativo più frequente sia l'applicazione della legge italiana a titolo di legge dello Stato di residenza abituale ovvero di ultima residenza abituale dei coniugi, in applicazione dell'art. 8, lett. *a*) e lett. *b*), del regolamento (UE) n. 1259/2010. Questo risultato può ritenersi apprezzabile almeno su due versanti: da un lato, sono noti i vantaggi, *in primis* di ordine pratico, che discendono da una situazione di corrispondenza tra il giudice competente a decidere la controversia e il diritto materiale che questi applicherà; a ciò si aggiungono considerazioni che attengono all'esigenza di favorire l'integrazione dei cittadini stranieri – in questo caso della coppia – nel tessuto sociale dello Stato nel quale essi hanno scelto di stabilire il centro principale dei propri interessi. Accordando alla legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi un ruolo privilegiato, tra i criteri oggettivi destinati ad operare in caso di mancata scelta, l'art. 8 del regolamento appare orientato, almeno in parte, in tale direzione.

Vi sono ragioni, d'altro canto, che possono indurre a ritenere insoddisfacente un simile esito applicativo: in molti casi, infatti, ciò determinerà l'impossibilità per la coppia straniera di accedere direttamente al divorzio – ossia senza previa separazione – ove ciò sia previsto dalla legge nazionale comune, in evidente contrasto con uno degli scopi che animano la disciplina uniforme, la quale, ricordandosi al sistema di competenza stabilito dal regolamento Bruxelles II-*bis*, intende agevolare lo scioglimento del vincolo coniugale (*favor divortii*) con il proposito di evitare ostacoli all'esercizio delle libertà di circolazione. Da questo punto di vista, si è avuto modo di sottolineare come in effetti la legge italiana, nonostante le novità introdotte dalla legge 6 maggio 2015, n. 55 (c.d. "Divorzio breve"), continui a distinguersi per condizioni di accesso al divorzio che risultano comparativamente più rigorose rispetto a quelle previste negli ordinamenti di altri Stati, membri o non membri dell'Unione europea.

In tale scenario, la scelta della legge regolatrice ad opera dei coniugi, nei limiti tracciati dall'art. 5 del regolamento, è chiamata a svolgere un ruolo determinante, sempre che la situazione di conflittualità tra i coniugi o, come accade di frequente, l'irreperibilità di uno di essi, non ne impedisca di fatto l'esercizio. I coniugi interessati ad addivenire in tempi più rapidi ad una pronuncia di scioglimento di un vincolo che non corrisponde più alla realtà degli affetti e alle proprie esigenze di vita, oppure animati dall'intento di preservare la propria identità culturale, troveranno nella facoltà di *optio legis* loro concessa dalla disciplina uniforme uno strumento essenziale affinché nel procedimento che si svolge in Italia sia data applicazione alla propria legge nazionale – in ipotesi, anche la legge di cittadinanza di uno solo di essi – in luogo di quella italiana.

⁴⁹ *Ex multis*, v. TRIB. AOSTA, 10 luglio 2017.

LITISPENDENCIA INTERNACIONAL Y ACTUACIONES
PREVIAS AL PROCESO [CONSIDERACIONES A PROPÓSITO
DE LA STJUE DE 4 DE MAYO DE 2017 (*HANSEYACHTS*) Y DE
LA STJUE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (*SCHLÖMP*)]*

INTERNATIONAL LIS PENDENS AND PRELIMINARY
MEASURES [SOME REFLECTIONS IN LIGHT OF THE ECJ
JUDGMENTS IN THE *HANSEYACHTS* AND *SCHLÖMP* CASES]

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)

Recibido: 10.01.2018 / Aceptado: 30.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4139>

Resumen: La aplicación de las reglas sobre litispendencia internacional de las normas procesales civiles europeas se funda, de ordinario, en la prevalencia del proceso incoado en primer término. El presente trabajo aborda, a la luz de dos recientes resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en los asuntos *HanseYachts* y *Schlömp*) hasta qué punto puede entenderse que generan litispendencia, a estos efectos, determinadas actuaciones previas al proceso, en especial cuando su formulación es obligatoria desde un punto de vista legal (como puede suceder con una conciliación previa) o puede resultar necesaria desde un punto de vista estratégico (como puede ser el caso de medidas de aseguramiento o anticipación probatoria o de medidas cautelares).

Palabras clave: Reglamento Bruselas I bis, Litispendencia internacional, Comienzo del proceso, Actuaciones preprocesales, Medidas de aseguramiento y anticipación probatoria, Conciliación.

Abstract: The application of the provisions on international *lis pendens* established in the European regulations on civil procedure is based, ordinarily, on the prevalence of the proceeding initiated in the first place. The present work addresses, in light of two recent decisions of the Court of Justice of the European Union (in the *HanseYachts* and *Schlömp* cases) to what extent it can be understood that *lis pendens*, for these purposes, is produced by certain preliminary measures, prior to legal proceedings, especially when making use of them is mandatory from a legal point of view (as it can happen with a previous conciliation) or it may be necessary from a strategic point of view (this may be the case of measures to preserve or establish evidence of facts, as well as protective measures).

Keywords: Brussels I Regulation (recast), International *lis pendens*, Commencement of proceedings, Preliminary measures, Measures to preserve or establish evidence of facts, Conciliation.

Sumario: I. Introducción. II. La necesidad de delimitar con precisión el momento en que se entiende incoado un proceso judicial. III. Litispendencia y medidas de aseguramiento o anticipación probatoria: el asunto *HanseYachts*. IV. Litispendencia y conciliación previa obligatoria: el asunto *Schlömp*.

* El presente trabajo es uno de los resultados del Proyecto de Investigación “La armonización del proceso civil en la Unión Europea” (DER2015-64756-P), financiado por el MINECO.

I. Introducción

1. La regulación de la litispendencia internacional en el ordenamiento procesal civil de la Unión Europea¹ persigue el objetivo de evitar la tramitación de procesos paralelos con el mismo objeto y de desactivar, con ello, eventuales trabas a una posterior circulación de las resoluciones judiciales. Los preceptos dedicados a esta materia han ido evolucionado en número y contenido desde el Convenio de Bruselas de 1968 hasta el Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis o RB I bis, en lo sucesivo), pasando por el Reglamento 44/2001 (Reglamento Bruselas I o RB I, en lo sucesivo), con el fin de dotar al régimen jurídico de las máximas precisión y predictibilidad. No obstante, y a pesar de los cambios experimentados, el régimen normativo siempre ha descansado sobre tres postulados básicos:

2. A) La identidad de objetos procesales (“mismo objeto, misma causa, mismas partes”) ha sido interpretada de forma constante por el Tribunal de Justicia de una forma amplia y flexible, que permite apreciar la concurrencia de litispendencia –y no la existencia de una mera conexión– cuando lo pretendido en ambos procesos y lo que por ende debe ser enjuiciado en ellos es “sustancialmente” lo mismo, de modo que hay identidad si es la misma relación jurídica la que se pone en tela de juicio (se trata de lo que la doctrina suele denominar *Kernpunktstheorie* o *doctrina del núcleo esencial común*).² Esta identidad, además, es apreciable aunque uno de los dos procesos sea un proceso penal en que se está ejercitando una acción civil *ex delicto*, como ha tenido ocasión de recordar muy recientemente el Tribunal de Justicia.³

3. B) La existencia de una genuina situación de litispendencia internacional debe conducir en último término al sobreseimiento de uno de los dos procesos en curso –aunque ese sobreseimiento haya debido ir precedido, en un primer momento, de su paralización temporal–.⁴ El legislador europeo, por tanto, ha excluido el recurso a fórmulas alternativas como la acumulación de los procesos o la suspensión de uno de ellos por prejudicialidad.

4. C) Por último, la regla general para dirimir la concurrencia de procesos es la prioridad temporal, de modo que el proceso que debe prevalecer es aquel que se incoó primero: el tribunal ante el que haya comenzado el litigio en segundo lugar, una vez puesta de manifiesto la concurrencia de una situación de litispendencia internacional, debe suspenderlo de inmediato para sobreseerlo posteriormente, en

¹ Para una aproximación general, sin ánimo alguno de exhaustividad, y ciñéndonos a la bibliografía en lengua española, cfr. E. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, Madrid, 1997; F. MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona, 1999; J.M. CHOZAS ALONSO, “Litispendencia internacional y conexidad”, en *Derecho Procesal Civil Europeo. Vol. I* (dir. A. de la Oliva Santos, coord. F. Gascón Inchausti), Cizur Menor, 2011, pp. 269 y ss.; M. ROMERO IGLESIAS, en *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (coords. P. Blanco-Morales Limones, F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F. Montero Muriel), Cizur Menor, 2016, pp. 625 y ss.; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Vol. I, Granada, 2016, pp. 306 y ss.; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Cizur Menor, 2017, pp. 203 y ss.

² La vía en este dirección se abrió, como es sobradamente sabido, con la STJUE de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik*, ECLI:EU:C:1987:528, que consideró idénticas a estos efectos una demanda pretendiendo la nulidad o la resolución de un contrato de compraventa internacional y una demanda de la parte contraria que pretende la ejecución del mismo contrato. Este criterio de identidad sustancial se ha mantenido de forma invariable con posterioridad: cfr., v.g., STJUE de 6 de diciembre de 1994, asunto C-406/92, *Tatry*, ECLI:EU:C:1994:400; STJUE de 19 de mayo de 1998, asunto C-351/96, *Drouot assurances*, ECLI:EU:C:1998:242; STJUE de 8 de mayo de 2003, asunto C-111/01, *Gantner Electronic*, ECLI:EU:C:2003:257; STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, *Mærsk Olie & Gas*, ECLI:EU:C:2004:615; STJUE de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664; o STJUE de 19 de diciembre de 2013, asunto C-452/12, *Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd.*, ECLI:EU:C:2013:858. En varias de ellas, el Tribunal consideró que concurría identidad de objetos entre un proceso en que se ejercita una acción declarativa negativa de la responsabilidad de un sujeto y un proceso en que se reclama el cumplimiento de esa hipotética responsabilidad.

³ STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-523/14, *Aannemingsbedrijf Aertssen*, ECLI:EU:C:2015:722.

⁴ Esta activación del mecanismo en “dos pasos” es subrayada por A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, cit., p. 307.

cuanto le conste que el tribunal del primer proceso se ha declarado competente para enjuiciarlo.⁵ Esta regla presenta, en el momento actual, dos excepciones:

- (i) Prevalece, aunque sea más moderno, el proceso que se incoó ante el tribunal que estuviera conociendo del litigio en virtud de un fuero de competencia exclusiva, siempre, claro está, que el primer proceso se estuviera tramitando ante un tribunal de otro Estado miembro en infracción de ese fuero de competencia exclusiva; esta excepción, no prevista expresamente pero deducible del sistema, fue proclamada abiertamente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Weber*.⁶
- (ii) También prevalece desde un primer momento, aunque haya comenzado más tarde, el proceso incoado ante los tribunales designados en un pacto de sumisión expresa, con preferencia, por tanto, sobre aquél que se promovió antes, pero ante un tribunal de un Estado distinto en infracción de dicho acuerdo. Esta excepción ha sido objeto de incorporación expresa al articulado con ocasión de la refundición del RB I en el RB I bis (art. 31, aptdos. 2, 3 y 4), como reacción frente a la vigencia estricta del criterio temporal, también en este tipo de situaciones, que el Tribunal de Justicia se había visto obligado a sostener en el asunto *Gasser*.⁷ El alcance de la regla, de hecho, merece cierta precisión. No se trata, por supuesto, de que, con anterioridad a la modificación, un pacto de sumisión expresa pudiera dejarse sin efecto mediante el simple recurso de interponer la demanda en otro lugar; bajo la vigencia del régimen anterior, igual que ahora, la eficacia del pacto de sumisión expresa debía conducir al sobreseimiento del primer proceso y a la reanudación del segundo –que entre tanto solo habría quedado en suspenso–; pero, hasta entonces, las reglas generales obligaban a dejar en suspenso el segundo proceso, por ser de incoación posterior, aunque previsiblemente fuera el que habría de acabar tramitándose en cuanto el tribunal ante quien se formuló la primera demanda apreciara su ausencia de jurisdicción.⁸ Para evitar este “efecto torpedo”,⁹ el RB I bis incorporó la regla de que, en este tipo de situaciones, el proceso que debía quedar en suspenso era el incoado en infracción del pacto de sumisión expresa.¹⁰

II. La necesidad de delimitar con precisión el momento en que se entiende incoado un proceso judicial

5. La adecuada aplicación de un sistema de litispendencia internacional que descansa, de ordinario, en la preferencia temporal requiere que resulte sencillo determinar el momento en que se entiende incoado un proceso judicial. Sin perjuicio de una eventual aplicación de oficio de las reglas del RB I bis, lo habitual será que el demandado en el segundo proceso suscite la cuestión al tribunal que conoce de ese segundo proceso y le solicite por de pronto la suspensión, como paso previo para un posterior sobreseimiento. El tribunal del segundo proceso, por ello, se verá obligado a determinar si, como sostiene

⁵ Cuándo debe considerarse que el tribunal del primer proceso se ha declarado competente es algo sobre lo que el Tribunal de Justicia se pronunció en su Sentencia de 27 de febrero de 2014, asunto C-1/13, *Cartier parfums – lunettes SAS*, ECLI:EU:C:2014:109, en los siguientes términos: “(...) deberá considerarse que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente, a efectos de la citada disposición, cuando dicho tribunal no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa sobre el fondo invocado ante ese tribunal.”

⁶ STJUE de 3 de abril de 2014, asunto C-438/12, *Weber*, ECLI:EU:C:2014:212.

⁷ STJUE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657. Cfr. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / 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; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en *The Brussels I Regulation Recast* (eds. A. Dickinson / E. Lein), OUP, 2015, pp. 336-343.

⁸ STJUE de 27 de junio de 1991, asunto C-351/89, *Overseas Union Insurance*, ECLI:EU:C:1991:279.

⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *cit.*, pp. 308-311.

¹⁰ Cfr., no obstante, las apreciaciones de J. SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº. 1, 2013, pp. 184-198.

la parte demandada, el litigio que ante él se sustancia fue incoado con posterioridad al otro y, para ello, habrá de establecer el momento exacto en que comenzó cada uno de ellos.

6. Esta operación sería sencilla si los ordenamientos procesales nacionales fuesen iguales en este punto o si, al menos, hubieran sido armonizados. Lo cierto, sin embargo, es que las reglas sobre incoación del proceso suelen ser diferentes, pues se hallan estrechamente ligadas a la tradición forense y a la cultura procesal de cada Estado miembro: en algunos países, v.g., la demanda se interpone directamente ante el tribunal competente, siendo después necesaria su notificación al demandado, que en ciertos sistemas se hace de oficio por el tribunal, mientras que en otros es el demandante quien ha de encargarse de llevarla a cabo, normalmente a través de determinados profesionales jurídicos; pero también existen ordenamientos en los que debe haberse notificado la demanda previamente al demandado antes de presentarla al tribunal.¹¹

7. Resulta, pues, que una situación de concurrencia entre procesos debe ser resuelta sobre la base de la decisión que tome uno de los tribunales en liza quien, además, se ve en la necesidad de aplicar una normativa procesal que no es la suya para definir cuál de los dos litigios comenzó antes. Y, a menudo, debe hacerlo en situaciones de “carrera judicial” (*race to courts* o *rush to courts*), es decir en casos en los que las partes enfrentadas en una controversia compiten por formular la primera demanda y asegurarse así la litigación en un terreno que consideran más propicio y cómodo para sí o, al menos, más incómodo para el adversario.

8. Durante el periodo inicial de vigencia del CB (esto es, hasta que fue reemplazado en 2001 por el RB I) no había en el régimen normativo europeo ninguna regla especial al respecto, de modo que no quedaba más remedio que remitirse al sistema nacional de cada Estado miembro. El riesgo de este silencio, por supuesto, consistía en que el tribunal del segundo proceso podría tender a utilizar sus propias reglas para determinar el momento en que cabía entender que había comenzado el otro proceso. Se daba pábulo, con ello, a que se suscitaran problemas de comprensión recíproca y a disfunciones en la puesta en marcha del sistema, que fueron puestos de manifiesto por el Tribunal de Justicia en el asunto *Zelger*.¹²

9. El legislador europeo trató de remediar esta dificultad con ocasión de la elaboración del RB I y la introducción en él de un nuevo precepto, que se ha mantenido en el RB I bis como artículo 32 y que tiene la finalidad de definir de manera autónoma¹³ cuándo se entiende incoado un litigio, agrupando los sistemas procesales de los Estados miembros en dos grandes categorías, en función del momento en que se entiende que un proceso ha comenzado, y ello a su vez en función del modo en que se reparten funciones el demandante y el tribunal a la hora de poner la existencia del proceso en conocimiento del demandado.

¹¹ Cfr. al respecto el estudio comparado que se ofrece en *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law. Strand 1: mutual trust and free circulation of judgments*, elaborado desde el Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law bajo la dirección de B. Hess y accesible en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>

¹² STJUE de 7 de junio de 1984, asunto C-129/83, *Zelger*, ECLI:EU:C:1984:215: “El artículo 21 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil debe interpretarse en el sentido de que “el Tribunal ante el que se formule la primera demanda” es aquel ante el cual han concurrido en primer lugar los requisitos para que se produzca una litispendencia definitiva, debiendo apreciarse estos requisitos según la ley nacional de cada uno de los órganos jurisdiccionales afectados”.

¹³ Esa autonomía significa, en la práctica, que se ha de considerar incoado un proceso a efectos de aplicar las reglas procesales civiles europeas aunque, con arreglo a la normativa procesal nacional, el proceso aún no se debiera considerar iniciado. Aunque sea paradójico, así lo ha proclamado expresamente el Tribunal de Justicia en el asunto *M. H.* respecto del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental [ATJUE de 22 de junio de 2016, asunto C173/16, *M.H.*, ECLI:EU:C:2016:542: “El artículo 16, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que el “momento en que se [presenta ante un órgano jurisdiccional] el escrito de demanda o documento equivalente”, con arreglo a dicha disposición, es el momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate, aun cuando esa presentación no inicie por sí misma, de manera inmediata, el procedimiento según el Derecho nacional”].

“Artículo 32

1. A efectos de la presente sección, se considerará que un órgano jurisdiccional conoce de un litigio:

a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para que se entregue al demandado la cédula de emplazamiento, o

b) si dicho documento ha de notificarse al demandado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para presentar el documento al órgano jurisdiccional.

La autoridad encargada de la notificación a que se refiere la letra b) será la primera autoridad que reciba los documentos que deban notificarse.

2. Los órganos jurisdiccionales, o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el apartado 1, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse.”

10. Se opta, pues, por un sistema que trata de premiar la diligencia del demandante y que evita que pueda verse perjudicado por eventuales dilaciones atribuibles a terceros (tribunal incluido) que se encuentren fuera de su esfera de control.¹⁴ Con estos parámetros y con una alegación y acreditación adecuada del ordenamiento procesal extranjero por parte del demandado que le pide la suspensión y el sobreseimiento, el tribunal del segundo proceso debería estar en condiciones de adoptar una decisión que fuera respetuosa con el esquema del Reglamento.

11. Las dudas, sin embargo, no terminan con un precepto que establezca de forma autónoma la fecha en que se entiende incoado un proceso sobre el fondo. Puede haber problemas, v.g., en caso de que haya varios demandados y la notificación a cada uno se haya hecho en fechas diversas o cuando la demanda es objeto de ampliación con posterioridad.¹⁵ Además, debe tenerse en cuenta que el tenor literal del artículo 32 RB I bis parte de la premisa implícita de que están compitiendo dos procesos civiles “clásicos” u “ordinarios”. Ahora bien, no tiene por qué ser siempre así. Uno de los procesos en liza, como ya se apuntó antes, puede ser un proceso penal en que se esté ejercitando una acción civil *ex delicto*. En tal caso, a juicio del Tribunal de Justicia, debe interpretarse que la demanda ha sido formulada cuando se ha presentado una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción, aunque no se haya completado todavía la fase de instrucción del asunto controvertido.¹⁶

12. Y, en especial, es frecuente que con carácter previo a la interposición de una demanda “clásica” sobre el fondo del litigio, el demandante desarrolle –o deba desarrollar– determinadas actuaciones previas, de cuyo desenlace dependerá la posterior incoación formal de un proceso sobre el fondo. Se hace necesario, en consecuencia, determinar si dichas actuaciones “generan litispendencia internacional” y otorgan con ello prioridad temporal a los tribunales del Estado en que se desarrollaron, si con posterioridad se interpone una demanda sobre el mismo objeto ante un tribunal de un Estado diferente. El Tribunal de Justicia, de hecho, se ha enfrentado en fechas recientes a dos situaciones diversas susceptibles de encaje en estos parámetros: la solicitud de medidas de anticipación probatoria con carácter previo a la demanda (asunto *HanseYachts*) y el desarrollo de una conciliación obligatoria previa a la demanda (asunto *Schlömp*).

III. Litispendencia y medidas de aseguramiento o anticipación probatoria: el asunto *HanseYachts*

13. En el asunto *HanseYachts*¹⁷ se suscitó la cuestión de si, a los efectos de la aplicación de las reglas de litispendencia internacional, podía considerarse que un proceso civil comienza cuando se

¹⁴ En este sentido cfr. también J.M. CHOZAS ALONSO, cit., pp. 286-287.

¹⁵ Cfr. P. ROGERSON, en *The Brussels I Regulation Recast* (eds. A. Dickinson / E. Lein), OUP, 2015, pp. 344-345.

¹⁶ Cfr. STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-523/14, *Aannemingsbedrijf Aertssen*, ECLI:EU:C:2015:722.

¹⁷ STJUE de 4 de mayo de 2017, asunto C-29/16, *HanseYachts AG*, ECLI:EU:C:2017:343.

solicita del tribunal la adopción de medidas para el aseguramiento o la práctica de pruebas con carácter previo a la interposición de una demanda en cuanto al fondo –todo ello, al amparo de lo previsto en el artículo 145 del *Code de procédure civile* francés, que regula las llamadas *mesures d’instruction in futurum*, a veces también *référé probatoire*¹⁸–.

14. La secuencia de los hechos del caso se puede imaginar con facilidad: en agosto de 2011, el comprador de una embarcación a motor, a raíz de una avería sobrevenida, solicitó al *tribunal de commerce* de Marsella que, al amparo del artículo 145 del CPC francés, ordenase que se llevara a cabo un peritaje judicial previo a cualquier proceso sobre el fondo. Entre los demandados en el procedimiento de medidas provisionales se hallaba la empresa constructora de la embarcación, la sociedad alemana *HanseYachts*. El perito designado por el tribunal francés emitió su informe tres años después, en septiembre de 2014. En noviembre de 2014, la constructora *HanseYachts* interpuso una demanda declarativa negativa ante el *Landgericht* de Stralsund (Alemania), solicitando que se declarase su ausencia de responsabilidad frente a cualquiera de los demás sujetos involucrados (adquirente final, vendedor y aseguradora del vendedor). En enero de 2015, por último, la compradora interpuso ante el *tribunal de commerce* de Toulon demanda frente al vendedor, el fabricante del motor y *HanseYachts* (respecto de esta última, sobre la base de su deber de garantía como fabricante por vicios ocultos), solicitando la reparación del perjuicio, así como el reembolso de los gastos provocados por el peritaje judicial.

15. Ante el *Landgericht* de Stralsund las entidades demandadas por *HanseYachts* formularon la correspondiente excepción de litispendencia internacional, por considerar que las actuaciones judiciales ante los tribunales franceses debían ser consideradas como integrantes de un único proceso, que a su vez debía entenderse comenzado en agosto de 2011, cuando se solicitó el peritaje judicial *ante demandam*, y no en enero de 2015, cuando se interpuso la demanda en cuanto al fondo: eso determinaría que el proceso ante el tribunal alemán fuera, a estos efectos, el “segundo” proceso, al que debería ponerse fin de forma anticipada. Las dudas del *Landgericht* determinan el planteamiento por su parte de la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

16. Desde el punto de vista formal, la cuestión prejudicial se le presenta al Tribunal de manera parcialmente diversa: se trata de determinar si una solicitud de medidas de anticipación probatoria –al amparo, en este caso, de la normativa procesal civil francesa– puede considerarse como “documento equivalente” a un “escrito de demanda”, a los efectos de aplicar las reglas de determinación del momento de incoación del proceso del artículo 32 RB I bis (art. 30 RB I, aplicable al caso por razones temporales). Sea cual sea el enfoque, el problema es el mismo: la incidencia de una actuación preprocesal sobre el momento de comienzo de la litispendencia.

17. Y es que, por una parte, resulta evidente que el proceso sobre el fondo no comienza en sentido propio cuando se solicita una medida de aseguramiento y/o anticipación probatoria, como la que nos ocupa en el presente asunto. No resulta fácil hablar de litispendencia, por ello, cuando no es seguro, siquiera, si llegará a haber proceso ni se sabe, en su caso, cuál será su objeto (qué se pedirá, frente a quién y por qué razones): esto depende, justamente, del desenlace de la medida en cuestión.

18. Pero, por otro lado, tampoco cabe ignorar que en determinadas situaciones, la interposición de una demanda que pueda tener visos de prosperar requiere de la realización de actuaciones previas,

¹⁸ “S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé”. La traducción al castellano del precepto que contiene la sentencia es esta: “Si existe un motivo legítimo para asegurar o constituir, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos de los que pudiera depender la resolución de un litigio, podrán ordenarse las diligencias de prueba legalmente admisibles a petición de cualquier interesado, mediante demanda o en el marco de un procedimiento de medidas provisionales.”

Sobre esta figura, cfr. entre otros L. CADJET / E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, pp. 465-468 8ª ed., París, 2013; C. CHAINAIS / F. FERRAND / S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 33ª ed., París, 2016, pp. 1319-1326; E. VERGÈS / G. VIAL / O. LECLERC, *Droit de la preuve*, París, 2015, pp. 309-312.

para las que en algunos casos puede ser necesario o conveniente contar con la colaboración de un tribunal (v.g., para vencer resistencias de la contraparte o de terceros). En estos casos, desde un punto de vista funcional, se podría entender que para el demandante diligente la actividad procesal encaminada a obtener la tutela y realización de su derecho comienza cuando formula su solicitud al tribunal –en este caso, su solicitud de anticipación y aseguramiento probatorio–.

19. El TJUE resuelve la cuestión en sentido negativo: “(...) en caso de litispendencia, la fecha en la que se ha iniciado un procedimiento dirigido a obtener una diligencia de prueba antes de cualquier proceso no puede constituir la fecha en la que “se considerará que conoce de un litigio”, en el sentido del referido artículo 30, punto 1, un órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre una demanda en cuanto al fondo presentada en ese mismo Estado miembro con posterioridad al resultado de dicha diligencia”. Para sostener su criterio el Tribunal, sin embargo, no entra en apreciaciones como las señaladas más arriba, sino que su decisión se funda como argumento básico en la autonomía entre el proceso de aseguramiento probatorio y el proceso declarativo en cuanto al fondo, refrendada por el gobierno francés en sus alegaciones: la legislación y la praxis judicial francesas reconocen que las *mesures d’instruction in futurum* tienen autonomía procesal y no pueden considerarse como parte o prolegómeno formal del proceso sobre el fondo. Siendo así, difícilmente puede sostenerse que, una vez concluido el procedimiento probatorio, se genere una especie de ficción que lo ligue con un proceso declarativo incoado meses después y, además, ante un tribunal distinto. Estos dos últimos factores, de hecho, sirven para apuntalar el dato formal de la autonomía procedimental y para despejar cualquier posible duda que hubiera podido albergar el Tribunal de Justicia.

20. La dualidad de tribunales, en efecto, puede tomarse como un síntoma de independencia procesal, aunque no es en absoluto determinante: no es nada extraño que la competencia para adoptar actuaciones preprocesales se rija por criterios distintos a los ordinarios para conocer del fondo del asunto, pues suelen primar factores que permitan una mayor cercanía del tribunal con el objeto de las medidas o que aseguren una mayor rapidez para su puesta en práctica. Esta divergencia de tribunales, por sí sola, no debería considerarse un elemento determinante para resolver una cuestión como la suscitada.

21. El segundo factor, en cambio, sí que puede tener mayor fuerza de convicción: la secuencia temporal de acontecimientos pone de relieve que la compradora de la embarcación no fue singularmente veloz a la hora de interponer su demanda, pues esperó casi cinco meses para hacerlo desde la conclusión del peritaje judicial. No se trata sólo de que exista una clara desconexión entre las *mesures d’instruction in futurum* del artículo 145 CPC francés y el posterior proceso sobre el fondo; es que, además, la relativa pasividad de la compradora de la embarcación puso de manifiesto una aparente falta de diligencia por su parte en la defensa activa de su posición jurídica. Y, según se ha apuntado antes, el criterio relevante que subyace a la opción del legislador europeo para determinar la prioridad temporal es justamente el de no perjudicar al demandante activo y diligente. Cabe añadir, además, un factor que no figura en la sentencia, pero que tampoco es desdeñable: la propietaria de la embarcación podría haber efectuado el peritaje a título particular, sin necesidad de acudir a los tribunales, puesto que aquella se hallaba en su poder y no le era preciso vencer eventuales resistencias para llevarla a cabo; en otros términos, el recurso a las *mesures d’instruction in futurum*, en el caso concreto, fue más una cuestión de preferencia o conveniencia que de necesidad.

22. Por todo ello, cabe plantearse si la respuesta del Tribunal de Justicia habría sido la misma en caso de que la embarcación sobre la que practicar el peritaje se hallara en posesión de otro sujeto y la empresa fabricante *HanseYachts* hubiera interpuesto su acción declarativa negativa en Alemania antes incluso de que el perito hubiera presentado su informe, o tan solo unos pocos días después, pero igualmente pocos días antes de la formulación en Francia de la demanda en cuanto al fondo por parte de la compradora. No tengo tan claro que, con este cambio de variables, la argumentación del Tribunal hubiera podido mantenerse: la medida habría sido considerada necesaria –si no legalmente, sí desde un punto de vista estratégico– y la diligencia del actor habría sido igualmente incuestionable.

23. Y es que la respuesta del TJUE, en el caso concreto que se le planteó, resulta razonable dadas las circunstancias del litigio y dada la función de las *mesures d'instruction in futurum* en el contexto del proceso civil francés. Ahora bien, creo que ni los argumentos ni las respuestas resultan generalizables a cualquier tipo de actividad preprocesal de carácter preparatorio o asegurativo, conforme a cualquier ordenamiento procesal nacional: en otros términos, no puede decirse que se trate de una duda ya zanjada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.¹⁹ Problemas similares pueden suscitarse, por ejemplo, cuando se trate de medidas cautelares *ante demandam*, tanto en modelos procesales en que la instrumentalidad de las medidas cautelares es rígida como en otros en que sea más flexible. Y la duda se podrá plantear también cuando se soliciten diligencias preliminares o cuando se formulen peticiones de acceso a fuentes de prueba (v.g., al amparo de los instrumentos que han desarrollado la Directiva 2004/48 –tutela judicial de los derechos de propiedad intelectual e industrial– o la Directiva 2014/104 –acciones de daños en materia de defensa de la competencia–).

24. Cuando se solicitan actuaciones preprocesales dirigidas a preparar el litigio o asegurar su eficacia no se está entablando aún una acción en cuanto al fondo: eso es algo evidente. Ahora bien, en determinadas situaciones el litigante que aspira a defender de la forma más diligente su posición jurídica se ve constreñido a solicitar medidas previas a la demanda, sea para conseguir información o pruebas necesarias en poder del adversario o de terceros, sea para paliar o mitigar un *periculum in mora* acreditable: si no lo hace corre el riesgo de incurrir en fallos estratégicos que pueden ser irreversibles. Y, de hecho, para que este tipo de medidas prosperen suele ser imprescindible que el solicitante identifique con precisión cuál habrá de ser el objeto del proceso que se propone someter a enjuiciamiento en el futuro. Sería paradójico que, en semejante tesitura, mientras se están tramitando estas actuaciones a instancia de uno de los litigantes en un Estado, pudiera la parte contraria acudir a los tribunales de otro Estado miembro e interponer una demanda ejercitando una acción declarativa negativa –o de alcance práctico equivalente–, lograr la prioridad temporal a efectos de litispendencia internacional y condenar con ello al sobreseimiento a cualquier eventual proceso en cuanto al fondo que hubiera de ser subsiguiente a las actuaciones preprocesales en curso –y, de paso, a las medidas en sí mismas, pues carecería de sentido preparar o asegurar la eficacia de un proceso que no podría tramitarse–.

25. En definitiva, una generalización extensiva de la respuesta ofrecida por el TJUE en el asunto *HanseYachts* abriría un margen para el abuso y para la formulación de demandas torpedo que tampoco parece compatible con la finalidad del Reglamento. A la inversa, por supuesto, sería igualmente disfuncional que la sola solicitud de una medida cautelar, una medida de aseguramiento o anticipación probatoria, una diligencia preliminar o una medida de acceso a fuentes de prueba pudiera usarse de forma fraudulenta para obtener sin más la prioridad temporal a efectos de resolver una situación de litispendencia internacional en un contexto de *race to the courts* transfronterizo. Para medir esta variable pueden ser de utilidad las normas procesales internas que supeditan la eficacia de las actuaciones preprocesales a la interposición de la demanda en un plazo determinado: ese es el lapso temporal que se considera razonable para levantar diligentemente la carga de formular demanda una vez se ha obtenido una medida cautelar, una diligencia preliminar, el aseguramiento de una fuente de prueba, la práctica de prueba anticipada o el acceso a una fuente probatoria.

26. Las soluciones generales, por tanto, no existen, sino que en cada caso concreto será preciso ponderar las variables concurrentes para determinar a quién corresponde la preferencia temporal en un contexto de litispendencia internacional –y, posiblemente, también en supuestos meramente internos, en que estos problemas son igual de imaginables–. Entre esas variables que han de ponderarse el mayor peso debe otorgarse, a mi juicio, al grado de necesidad o constreñimiento experimentado por quien solicita la medida previa al proceso, atendidas las circunstancias del caso: este dato es el más expresivo de la diligencia del demandante, que fundamenta a su vez la asignación de prioridad temporal. Junto a ello, por supuesto, habrá que tener en cuenta el grado de instrumentalidad existente entre la medida

¹⁹ Cfr., no obstante, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, cit., p. 207.

previa y el posterior desarrollo del proceso en cuanto al fondo, así como el nivel de diligencia mostrado en concreto (v.g., en relación con los tiempos y los plazos) por cada uno de los protagonistas del litigio en la defensa de su posición jurídica.

27. Es cierto que ello impide hacer afirmaciones generales que doten al sistema del nivel de predictibilidad que sería deseable; y existe igualmente el riesgo de que ponderaciones diferentes a cada lado de la frontera pueden conducir a situaciones reales de doble pendencia, por considerar ambos tribunales que las actuaciones procesales desarrolladas ante ellos son las que han de entenderse incoadas en primer lugar. Se trata, no obstante, de la única manera de resolver el problema sin colocar a los litigantes ante genuinos callejones sin salida.

IV. Litispendencia y conciliación previa obligatoria: el asunto *Schlömp*

28. Las dudas y los problemas apuntados se reproducen con ocasión de las conciliaciones previas obligatorias, que cada vez con mayor frecuencia se imponen por las legislaciones procesales nacionales como requisito para la admisibilidad posterior de una demanda.²⁰ Esta fue la cuestión resuelta en fecha muy reciente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Schlömp*,²¹ en relación con el ordenamiento procesal suizo y bajo el prisma del Convenio de Lugano II, que en este punto no presenta diferencias ni con el RB I ni con el RB I bis.

29. El 16 de octubre de 2015 una entidad pública alemana interpuso solicitud de conciliación frente a la Sra. Schlömp ante el juez de paz del distrito de Reiat (Suiza), reclamándole el reembolso de una cantidad de dinero adelantada por dicha entidad para hacer frente a las necesidades asociadas a la dependencia de su madre, internada en una residencia de Alemania: con arreglo al ordenamiento procesal civil suizo, este intento de conciliación es obligatorio para un eventual y posterior ejercicio judicial de acciones. El intento de conciliación resultó infructuoso, de modo que el 25 de enero de 2016 el juez de paz autorizó a la entidad pública alemana a formular demanda, algo que hizo ante el *Kantonsgericht* de Schaffhausen (Suiza) el 11 de mayo de 2016. No obstante, el 19 de febrero de 2016 la Sra. Schlömp ya había interpuesto ante el *Amtsgericht* de Schwäbisch Hall (Alemania) una demanda declarativa negativa, que fue posteriormente reenviada al *Amtsgericht* de Stuttgart, ante el que la entidad pública alemana formuló la excepción de litispendencia internacional. Fue la cuestión prejudicial formulada por este órgano judicial la que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia. En efecto, si se tiene en cuenta únicamente la fecha de incoación de los dos procesos judiciales, tendría preferencia el incoado ante el tribunal alemán. Sin embargo, si se considera que la fase inicial de conciliación, aún sin ser proceso en sentido propio, genera litispendencia, la solución sería la contraria y deberían proseguir las actuaciones ante el tribunal suizo.

30. Se trataba, de nuevo, pues, de determinar si una actuación preprocesal es o no susceptible de generar una situación de litispendencia o, más propiamente, de determinar la fecha de incoación del proceso a efectos de determinar la preferencia temporal. Y, también aquí como en el asunto *HanseYachts*, el enfoque de la cuestión prejudicial ante el TJUE fue parcialmente indirecto: no se planteaba sólo si la fecha en que se formuló la solicitud de conciliación servía también como fecha de incoación del proceso en cuanto al fondo, sino que se añadió la variable de la naturaleza jurídica del órgano de conciliación,

²⁰ Y recuérdese que el Tribunal de Justicia ha considerado que la imposición de un procedimiento de conciliación o mediación con carácter previo a la formulación de una demanda no resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [cfr. en este sentido STJUE de 18 de marzo de 2010, asunto C-317/08, *Rosalba Alassini*, ECLI:EU:C:2010:146; y STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *Menini y Rampanelli*, ECLI:EU:C:2017:457]. Tampoco lo es para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el prisma del derecho de acceso a un tribunal al amparo del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: cfr. STEDH de 26 de marzo de 2015, asunto 11239/11, *Momčilović c. Croacia*.

²¹ Cfr. STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-467/16, *Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993.

esto es, si cabe reconocerlo como “tribunal” a los efectos de aplicar las reglas del Convenio de Lugano: no era, pues, solo una cuestión de fechas, sino que estaba también en juego el carácter no jurisdiccional *stricto sensu* del procedimiento de conciliación.

31. La respuesta del Tribunal fue clara y directa: “en caso de litispendencia, la fecha en que se inicie un procedimiento obligatorio de conciliación ante un órgano de conciliación de Derecho suizo es la fecha en la que se considera que un “tribunal” conoce del litigio”.

32. La solución –también aquí– vino facilitada por los datos positivos en relación con la legislación procesal suiza. De un lado, en el Código procesal civil suizo existe un precepto, el artículo 62.1, que de manera expresa establece a efectos internos que la litispendencia se produce desde que se presenta la solicitud de conciliación, la demanda o la demanda de divorcio de mutuo acuerdo. En términos equivalentes, la Ley federal sobre el derecho internacional privado, al abordar la litispendencia internacional, dispone en su artículo 9.2 que “[p]ara determinar el momento en que una acción está pendiente en Suiza, será determinante la fecha de la primera actuación procesal necesaria para iniciar la instancia. La citación para conciliación será suficiente”. Aunque ambos extremos no son *per se* suficientes para interpretar la normativa europea (en este caso, el Convenio de Lugano), dado el carácter autónomo de esta última, sí que son claramente expresivos de lo que, a mi juicio, es el núcleo del problema y la clave para su solución: el carácter obligatorio de la actuación preprocesal.

33. Si la conciliación es obligatoria el litigante diligente no puede evitarla, razón por la cual debe entenderse que su tramitación forma parte del proceso a efectos de litispendencia internacional: con arreglo al Derecho suizo, formular una solicitud de conciliación supone emprender el primer paso para la defensa de su posición jurídica. Además, el ordenamiento suizo señala expresamente que la solicitud de conciliación debe contener una identificación del objeto del litigio (art. 202.2 CPC suizo), de modo que existe un parámetro suficiente para comparar su objeto con el de cualquier otro proceso, nacional o extranjero. Obviamente, esta eficacia de la solicitud de conciliación no puede mantenerse de forma indefinida: también para esto existe previsión expresa, que otorga al demandante un plazo de tres meses para interponer la demanda desde que se le conceda la correspondiente autorización, tras constatar el fracaso de la conciliación (art. 209.3 CPC). Las reglas del Derecho suizo, por tanto, ofrecen una ponderación adecuada entre las exigencias de seguridad jurídica y el reconocimiento de los esfuerzos del litigante diligente para la defensa de su posición jurídica.

34. En cuanto al segundo posible escollo –si los órganos de conciliación suizos son o no “tribunales” a los efectos de poder aplicar las reglas de litispendencia internacional del Convenio de Lugano–, el Tribunal de Justicia lo despeja de forma expeditiva, nuevamente con la comodidad que le proporciona la legislación nacional suiza, con arreglo a la cual los órganos de conciliación pueden ser recusados con arreglo a las mismas normas que los jueces de paz que forman parte de ellos y, además, ejercen sus funciones con total autonomía. Estos dos datos –imparcialidad y autonomía– han de sumarse a la noción propia de “tribunal” que maneja la legislación procesal civil europea, de carácter estrictamente funcional, al margen de las categorías propias de los Derechos nacionales. Y, de hecho, podrían extrapolarse para resolver situaciones similares a la planteada en el caso *Schlömp*, cuando la conciliación o la mediación previas y obligatorias, en vez de atribuirse a órganos integrados en las estructuras del poder judicial –como los juzgados de paz suizos– o cercanos a ellas, estén encomendadas a entidades u organismos administrativos, si se aseguran la imparcialidad y la autonomía funcional de aquellas y de las concretas personas que ejerzan funciones de conciliador o de mediador.

35. La solución ofrecida por el Tribunal de Justicia es así susceptible de generalización, con independencia de lo que pueda establecer en concreto la legislación procesal nacional: si un litigante se ve forzado a acudir a un procedimiento de solución extrajudicial de controversias antes de poder formular una demanda judicial, debe entenderse, a efectos de litispendencia internacional, que el proceso comienza en el momento en que se formula la correspondiente solicitud. No sólo se atiende con ello

al fundamento de las reglas sobre asignación de preferencia temporal de las normas procesales civiles europeas, sino que también se evita el callejón sin salida al que conduciría la obligación, impuesta por determinadas legislaciones nacionales –en general o para ciertas materias–, de acudir a mediaciones o conciliaciones previas a todo proceso, si el lapso de tiempo necesario para desarrollarlas hasta constatar su fracaso pudiera ser aprovechado por la contraparte para presentar una demanda torpedo ante los tribunales de un Estado que no impusiera semejante deber.

FILIACIÓN NATURAL. EL ARTÍCULO 9.4 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL TRIUNFO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO

NATURAL FILIATION. ART. 9.4 CC. AND THE TRIUMPH OF THE CHILD'S HABITUAL RESIDENCE

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Doctora en Derecho

*Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia*

Recibido: 13.01.2018 / Aceptado: 5.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4140>

“Hijo, hermano, padre, amante, amigo. Hay espacio en el corazón para todos los afectos, así como hay espacio en el cielo para todas las estrellas.”

Victor Hugo

Resumen: A través de esta reciente e interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona se aborda el estudio de la ley aplicable a los casos de filiación natural. Se subraya el acierto del legislador español a la hora de cambiar el punto de conexión del artículo 9.4 del Código Civil español, antes nacionalidad del hijo, ahora residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, con la modificación operada por el apartado uno del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Palabras clave: filiación, ley aplicable, nacionalidad, residencia habitual, menores, Derecho interregional.

Abstract: Across this recent and interesting judgment of the Provincial Hearing of Tarragona dealt with the survey of the applicable law to the natural filiation cases. The success of the Spanish legislator is underlined at the moment of changing the point of connection of the article 9.4 of the Civil Spanish Code, before nationality of the son, now law of the habitual residence of the son into the moment of the establishment of the filiation, with the modification operated on the paragraph one of the second article of the Law 26/2015, of July 28, of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence.

Keywords: filiation, applicable law, nationality, habitual residence, minor, interregional Law.

Sumario: I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2017. II. La norma central sobre la ley aplicable a la filiación en el Derecho internacional privado español. El art. 9.4 del CC y sus caracteres básicos. III. Los puntos de conexión del art. 9.4 CC y la lucha contra el conflicto móvil. IV. Derecho interregional, territorialidad judicial y residencia habitual en el art. 9.4.I CC. V. Conclusiones.

I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2017.¹

1. Los conflictos de leyes en el sector de la filiación no han sido frecuentes en las decisiones de la jurisprudencia española². Por ello, una sentencia que toma en consideración el art. 9.4 CC debe ser siempre bienvenida como motivo para realizar una reflexión conflictual. En la SAP de Tarragona de 20 de julio de 2017 expone el Magistrado que “*no hay cuestión sobre la ley aplicable a la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial ejercitada por la actora, ahora apelada, que, por otro lado, viene determinada por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de su establecimiento, conforme al art. 9.4º del CC de carácter imperativo como norma de conflicto (art. 12 CC), por tanto los motivos de oposición suscitados en el recurso deben resolverse de acuerdo con la normativa contenida en el Código Civil y no de acuerdo con el Libro II del CCCat. En atención a la residencia habitual de aquél en Madrid.*” La redacción actual del punto cuarto del art. 9 del CC se debe al apartado uno del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y aborda de modo novedoso la determinación de la ley aplicable a los casos de filiación natural³. El enfoque de la sentencia citada constituye punto ideal para exponer en el presente trabajo, y de forma analítica, el significado del (oportuno) cambio del punto de conexión, ese viaje iniciático que transcurre desde la obsoleta conexión “nacionalidad del hijo” a la moderna y dinámica conexión de la ley de “residencia habitual del hijo” en el momento del establecimiento de la filiación, operado con la precitada reforma legislativa⁴.

2. Según se extrae de los datos de la sentencia existió una relación sentimental entre las partes, ambos pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, la actora destinada en Madrid, pero agregada temporalmente al aeropuerto de El Prat (Barcelona), y el demandado con destino en Barcelona. Queda fuera de toda duda este extremo, por las declaraciones testificales de compañeros de trabajo del demandado y familiares de la actora, declaraciones que no pueden tacharse de contradictorias sino detalladas y coherentes con la realidad de lo acontecido. La relación se prolongó desde el mes de diciembre 2008 hasta finales de enero 2009 en que el demandado al conocer el embarazo le dio a la actora-apelada la alternativa de aborto o no continuación de la relación. La época de la concepción se sitúa precisamente en ese periodo pues el hijo nació y la prueba de las relaciones íntimas como es natural ofrece dificultades por desarrollarse en ámbitos privados, pero la declaración de la actora y los datos que ofrece sobre el apartamento donde vivía el apelante y tuvieron lugar los encuentros, también en una pensión en Madrid es concluyente. La constancia en la inscripción de nacimiento del nombre del padre del nacido, la conducta de la madre de hablar con familiares del apelante en León para que mediaran y reconociera al menor, el mantenimiento de contacto telefónico desde 2003 a 2010 con el demandado y, finalmente, la advertencia de que si no reconocía le demandaría con la llamada por respuesta, son con los anteriores indicios bastantes para concluir que la prueba biológica se encuentra reforzada de manera sustancial y contundente. El tribunal no tiene dudas a la hora de fijar la Ley que determinará la filiación de este hijo, que será el Derecho civil común español, al tener el hijo su residencia habitual en Madrid.

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2017. ECLI: ES:APT:2017:751 Id Cendoj: 43148370012017100199. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=8190233&links=filiacion&optimize=20171030&publicinterface=true>

² Una excepción muy bien comentada puede verse en M. VIRGÓS SORIANO, “Nota a la DGRN 10 enero 1984”, *REDI*, 1984, pp. 670-674. También, con reflexiones sobre la actividad judicial en el sector de la filiación, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la SAT Bilbao de 9 enero 1985”, *REDI*, 1988, vol.XL, pp. 225-227.

³ BOE núm. 180, de 29/07/2015. Link: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>. Un comentario bien podersado en M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español”, *CDT*, 2016, pp. 34-54.

⁴ Los inconvenientes de la redacción anterior del art. 9.4 Cc pueden explorarse en N. BOUZA VIDAL, “Art. 9.4 Cc.”, AA.VV. (Coordinador R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 15-35; L.F. CARRILLO POZO, “La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques”, *RDIPP*, 1995, pp. 585-606.

II. La norma central sobre ley aplicable a la filiación en el Derecho internacional privado español. El art. 9.4 del CC y sus caracteres básicos.

3. La norma central del DIPr. español en el sector de la filiación por naturaleza es el art. 9.4 CC, en su redacción dada por el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como se ha apuntado anteriormente. Con carácter general, resulta oportuno realizar una precisión en concordancia con la estructura que presenta este art. 9.4 CC. El art. 9.4 CC se divide en dos partes que se ocupan de cuestiones diferentes: 1º) En su primer inciso (art. 9.4 I) se fija la Ley reguladora de la determinación y el carácter de la filiación natural, esta norma de conflicto presenta tres puntos de conexión estructurados en cascada, es decir, con un orden jerárquico en su aplicación. 2º) En su segundo inciso (art. 9.4 II) se concreta la ley reguladora del contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental (art. 9.4.II CC) y ello se hace mediante una norma de remisión al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [responsabilidad parental y protección de niños⁵]. Son las normas de conflicto contenidas en este convenio las que determinan la ley reguladora de las instituciones jurídicas de protección de los menores y de su ejercicio. En este trabajo el punto de atención se va a centrar en el primer inciso del art. 9.4 del CC⁶. Resulta oportuno recordar de modo sumario algunos caracteres que presenta esta norma de conflicto.

4. En primer lugar, el art. 9.4 CC concentra su perspectiva jurídica sobre la persona del “hijo”. La filiación es una relación jurídica que afecta a progenitores e hijos. Sin embargo, la filiación constituye una institución jurídica dirigida, primordialmente, a la protección del hijo. Por ello, el art. 9.4 CC es una norma de conflicto puerocéntrica, como señala la doctrina más autorizada⁷. Los puntos de conexión que contiene el art. 9.4 CC ordenan aplicar la ley de la residencia habitual del hijo, y en segundo término la ley de la nacionalidad del hijo. El precepto, no contempla en sus puntos de conexión la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de los progenitores.

5. En segundo término, el art. 9.4 CC contiene puntos de conexión establecidos en cascada. Se trata de son puntos de conexión subsidiarios, puntos de conexión que resultan aplicables unos en defecto de otros.

6. En tercer lugar, el art. 9.4 CC es una norma de conflicto materialmente orientada, enfoque ya frecuente en otros sistemas estatales de DIPr., como demuestran el acabado estudio de E. BERGAMINI y el ponderado trabajo de O. LOPES PEGNA⁸. Este precepto apunta a la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo, y en el caso concreto de que dicha Ley no permita el establecimiento de la filiación del hijo ordena también no aplicarla. En ese supuesto, se aplicará de forma subsidiaria la Ley nacional del hijo y si ésta tampoco permite el establecimiento de la filiación del hijo, se aplicará la Ley sustantiva española. Ese enfoque completa la constitucionalización de la norma de conflicto española relativa a la filiación por naturaleza, pues el texto anterior del precepto, tal y como subrayó L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “Las relaciones paterno-filiales en el Derecho internacional privado”, no llevó hasta sus últimas consecuencias, por desgracia, los dictados de la norma suprema del Derecho español.

7. En cuarto lugar, el art. 9.4 CC presenta un doble objeto de regulación. Es una norma que precisa, de modo separado, la Ley aplicable a la determinación y carácter de la filiación por un lado (art. 9.4.I CC), y la ley que reguladora de los efectos de la filiación por otro (art. 9.4.II CC).

⁵ BOE núm. 291, de 02/12/2010. Link: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/12/02/pdfs/BOE-A-2010-18510.pdf>

⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017, p. 403.

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, op.cit., p. 400.

⁸ E. BERGAMINI, “Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte”, *RDIPP*, 2015, pp. 315-348; O. LOPES PEGNA, “Riforma della filiazione e diritto internazionale privato”, *RDI*, 2014, pp. 394-418. También P. PICONE, “Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione”, *RDI*, 1997, pp. 277-350.

8. Conviene también subrayar, por otro lado, que el art. 9.4 inciso primero del CC es una norma de conflicto que evita el conflicto móvil, como se destaca en el siguiente epígrafe con más detalle. Desde otro punto de vista, esta norma permite también activar la excepción de fraude de ley internacional (art. 12.4 CC) en los casos en los que las partes hayan manipulado artificial y maliciosamente el punto de conexión del art. 9.4.I CC para provocar la aplicación de una Ley estatal que favorece sus intereses. De ese modo, el art. 12.4 CC purifica la conexión en el caso concreto y lo reconecta con el país con el cual presenta los vínculos más estrechos⁹. Finalmente, el art. 9.4.I CC deja abierta la posibilidad de activar, en ciertos casos y dentro de determinados límites, el reenvío de retorno (art. 12.2 CC). Ello sucederá si la Ley de la residencia habitual del hijo o la ley nacional del hijo o menor contienen una norma de conflicto que remite, a su vez, al Derecho español. De ese modo, el art. 12.2 CC puede permitir la no aplicación del Derecho extranjero de un país que no está realmente conectado con el caso y permite reconectar el caso con España, país más vinculado con la situación, cuya Ley material será aplicable¹⁰.

III. Los puntos de conexión del art. 9.4 CC y la lucha contra el conflicto móvil.

9. Los puntos de conexión que establece el art. 9.4.I CC para fijar la Ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación por naturaleza están estructurados jerárquicamente. Se trata de los siguientes.

10. En primer término, la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. Debe entenderse que tal momento es el momento de ejercicio de la acción judicial ante los tribunales españoles.

11. En segundo lugar, el art. 9.4.I CC señala que se aplicará la ley nacional del hijo en el momento del establecimiento de la filiación únicamente en estos dos casos: a) Si el hijo careciere de residencia habitual; b) Si la ley de la residencia habitual del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación.

12. En tercer lugar, precisa el art. 9.4.I *in fine* CC que se aplicará la ley sustantiva española en estos dos supuestos: a) Si la ley nacional del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación; b) Si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad.

13. Un acierto del legislador en la redacción de esta norma de conflicto en el sector de la filiación natural fue prever que las circunstancias previstas como puntos de conexión empleados por el art. 9.4 CC pueden cambiar en el tiempo. Ese cambio generaría lo que en Derecho internacional privado se conoce como el famoso problema del “conflicto móvil”, que en el sector de la filiación natural presenta, explica L. MUSCHTER, problemas muy agudos al aparecer conectados con la orientación material de la norma de conflicto¹¹. El conflicto móvil se produce si la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto muta en el tiempo. La consecuencia negativa que provoca el conflicto móvil es que produce una gran incerteza en el momento de precisar la ley aplicable para determinar la filiación. Por ese motivo, eliminar el conflicto móvil es positivo porque fortalece la seguridad jurídica para los particulares en cuanto pueden determinar qué concreta ley será la aplicable y en cuál va a ser el momento relevante para fijar dicha ley para determinar la filiación natural. La previsibilidad jurídica, corolario preciso y saludable de la seguridad jurídica, queda salvaguardada. Sin embargo, cierto es que la redacción en el precepto no resulta del todo comprensible y clara.

14. En el supuesto de que se deba dar la aplicación de la Ley de la residencia habitual del hijo, pero éste ha tenido su residencia habitual en varios países, surge la duda de saber qué concreta residencia habitual del hijo debe tomarse en consideración para fijar la Ley aplicable a la filiación del mismo.

⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 401.

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 400.

¹¹ L. MUSCHTER, *Statutenwechsel im internationalen Kindschaftsrecht*, Hamburg, Kovac, 2003, pp. 28-33.

Semejantes problemas de conflicto móvil surgen en el caso de que la Ley aplicable a la filiación sea la Ley nacional del hijo y éste haya tenido distintas nacionalidades en diferentes momentos de su vida. El art. 9.4.I CC indica que se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo o, en su caso, la Ley nacional del hijo “*en el momento del establecimiento de la filiación*”. En efecto, la expresión empleada por el art. 9.4.I CC no es fácil de descifrar porque cuando se ejercitan acciones judiciales para determinar la filiación es, lógicamente, porque la filiación no está establecida. De hecho, se trata, precisamente, de determinar o establecer la filiación de un hijo. Por tanto, si se debe aplicar la Ley de la residencia habitual del hijo o la Ley nacional del hijo “*en el momento del establecimiento de la filiación*”, resulta que la filiación no está establecida. Por tanto, el resultado de una aplicación literal del mandato legal provoca consecuencias absurdas cuando no circulares que no acaban con la incerteza jurídica que suscitan los casos de conflicto móvil en el sector de la filiación por naturaleza. En realidad, en los casos en los que el hijo ha tenido su residencia habitual en varios países o ha ostentado diferentes nacionalidades, una aplicación literal de la solución recogida en el art. 9.4.I CC no permite concretar qué Ley estatal es aplicable. Con otras palabras, puede afirmarse que, en relación con el conflicto móvil, una interpretación literal del art. 9.4.I CC generaría una laguna legal, porque en realidad no precisa el momento temporal en el que debe tenerse presente ni la residencia habitual del hijo ni la nacionalidad del mismo¹².

15. Una lectura lógica y sistemáticamente coherente debe conducir a preferir el momento en el que se presenta la demanda ante los tribunales españoles. Otra interpretación de lo establecido en el art. 9.4 I CC conduciría a una solución incoherente e irracional. A esta solución se llega porque parece conveniente proceder a una lectura integrada del precepto en sintonía con el art. 22 quater d) LOPJ¹³, como ha propuesto con pleno acierto M. GUZMÁN ZAPATER. Este art. 22 quater LOPJ, redactado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, contiene diversos foros de competencia judicial internacional que establecen para los tribunales españoles cuando pueden entrar a conocer de los pleitos internacionales relativos a la filiación por naturaleza. Pues bien, el art. 22 quater d) LOPJ señala que los tribunales españoles son competentes para conocer de los litigios en materia de filiación “*cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda*”.

16. Al no ser exacto el art. 9.4.I CC cuando intenta congelar en el tiempo los puntos de conexión de la norma de conflicto genera una laguna legal, parece procedente aplicar por analogía el criterio que emplea el precitado art. 22 quater LOPJ para fijar en un concreto momento temporal la residencia habitual del hijo. De ese modo, debe entenderse que el legislador que redactó el art. 9.4.I CC quiso decir, en realidad, que, en los casos de conflicto móvil, debe aplicarse la Ley de la residencia habitual del hijo o la Ley nacional del hijo “en el momento de interposición de la demanda para el establecimiento de la filiación”. Por “momento de interposición de la demanda” debe entenderse el momento en el que dicha demanda se presenta ante los tribunales de justicia españoles, y no el momento en el que la demanda se declara admitida.

17. Como explica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la solución propuesta en el art. 9.4 CC inciso primero, consistente en congelar los puntos de conexión en el momento de presentación de la demanda ante los tribunales españoles, es adecuada, conveniente y positiva por varias razones: (a) Proporciona un criterio estable, seguro y claro para concretar la conexión empleada por la norma de conflicto. La determinación del momento de interposición de la demanda es sencilla, clara y evidente para las partes y para los tribunales; (b) Es un criterio que, además, es coherente con el utilizado para congelar en el tiempo estos criterios en el sector de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, pues está tomado del citado art. 22 quater d) LOPJ. Ello facilita, nuevamente, la labor de los tribunales y las expectativas legales de las partes; (c) Asegura la aplicación de una Ley conectada con el supuesto

¹² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, op.cit., p. 403.

¹³ Así lo propone M. GUZMÁN ZAPATER, “Nota a la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª), núm. 477/2015, de 1 de julio”, *REDI*, vol. 68, Nº 1, 2016, pp. 202-204.

en el momento en el que los hechos se van a juzgar y a decidir. Se ajusta el supuesto con la aplicación de la ley estatal más vinculada con el caso¹⁴.

18. No obstante, lo anterior, esta solución consistente en congelar los puntos de conexión del art. 9.4.I CC en el momento del ejercicio de acción judicial ante los tribunales españoles presenta también una consecuencia negativa: esta solución puede fomentar las conductas estratégicas y fraudulentas, pues el hijo puede cambiar de nacionalidad o de residencia habitual con el único objetivo de provocar la aplicación de una Ley estatal que le resulta favorable a sus intereses. Se trata, sin embargo, de un inconveniente que posee mecanismos para luchar contra el mismo, a través de la excepción de fraude de Ley internacional (art. 12.4 CC)¹⁵.

19. El carácter materialmente orientado del art. 9.4 I CC aumenta el riesgo de *forum shopping* y el nivel de inseguridad jurídica¹⁶. Es muy posible que el Derecho aplicable a la determinación de la filiación sea distinto según se litigue ante tribunales españoles o ante tribunales de otros Estados que no siguen la línea política y legislativa española en favor de un fundamental establecimiento de la filiación. Por lo tanto, no será extraño, indica H. GAUDEMET-TALLON, que las partes calculen sus posibilidades de obtener un resultado u otro y apuesten por jugar al *Forum Shopping* y se dirijan con a litigar ante la jurisdicción que les ofrezca los mejores resultados a sus intereses¹⁷. Es el precio a pagar por la anticipación del orden público internacional que esconde en su interior, recuerda G.M. UBERTAZZI, toda norma de conflicto materialmente orientada¹⁸.

IV. Derecho interregional, territorialidad judicial y residencia habitual en el art. 9.4.I CC.

20. En los supuestos en los que se ha de determinar la filiación natural del hijo y se ha de determinar el Derecho *ad intra* que se ha de aplicar, esto es, en los casos de Derecho interregional es aplicable el art. 16 CC. Con arreglo a este artículo, deberá darse aplicación a la Ley civil autonómica o estatal que corresponde al lugar de la residencia habitual del hijo (art. 9.4.I CC). Es irrelevante la nacionalidad del hijo y la nacionalidad de los (presuntos) progenitores del mismo y su vecindad civil si la tuvieren en España. Lo que se extrae de la jurisprudencia española es que, con cierta frecuencia, en esta materia y cuando se trata de casos de Derecho interregional, los jueces, de modo directo, aplican la Ley del territorio en el que actúan el tribunal juzgador, es lo que la doctrina más acreditada en estos temas denomina la territorialidad judicial del Derecho¹⁹.

21. Estos tribunales llegan a esta solución errónea por aplicación de normas autonómicas que son, en realidad, normas inconstitucionales. Esto es así porque resuelven “conflictos de leyes”, como las que proclaman la territorialidad formal del Derecho autonómico (SAP Barcelona 1 julio 2015 [establecimiento de filiación de hijo de madre lituana con residencia habitual en Cataluña]²⁰). Esas normas, que suelen indicar que debe aplicarse el Derecho de una Comunidad Autónoma cuando un tribunal opera en el territorio de la misma, son inconstitucionales. En efecto, el único legislador que puede establecer

¹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo 36. La filiación en Derecho internacional privado”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENACASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V (*Las relaciones paterno-filiales [I]*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 459-508; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, 2016-II, vol. 68, pp. 157-182.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 404.

¹⁶ P. HAY, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law”, *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 281-412.

¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 199-202.

¹⁸ G.M. UBERTAZZI, “Lex causae, lex fori e ordine pubblico internazionale nel disconoscimento di paternità”, *RDIPP*, 1975, vol.XI, pp. 54-58.

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 411.

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1 julio 2015. ECLI: ES:APB:2015:8035 Id Cendoj: 08019370122015100451. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7487015&links=lituania&optimize=20151006&publicinterface=true>

normas que resuelven “conflictos de leyes” es el legislador nacional (art. 149.1.8ª CE 1978), como ha señalado S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en el análisis que realiza de la solución adoptada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12º), nº 477/2015 de 1 julio 2015²¹. El supuesto de hecho de esta resolución es el siguiente: reclamación de filiación no matrimonial por parte de un nacional brasileño respecto de un niño, de seis años, que consta con filiación inscrita respecto de su madre lituana y su padre español. Al menos estos tres últimos residen en Barcelona. La norma de conflicto para la determinación de la ley aplicable era el art. 9.4 CC en su versión anterior a la actual, redactada de conformidad con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Su tenor era el siguiente: “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”. La argumentación judicial respecto de dicho art. 9.4 CC fue ciertamente errática, cuando no simplemente errónea. Era de aplicación en el caso planteado la ley española de la residencia habitual del hijo, que la Audiencia deriva del art. 9.4 CC, se recurre a la catalana, de la siguiente manera:

“Al existir en España diferentes leyes que regulan esta materia, por el principio de territorialidad establecido en el art. 13.2 del Código Civil español y en lo que dispone el art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde aplicar las normas del Código Civil de esta Comunidad Autónoma. En concreto es de aplicación la normativa recogida en la Sección I del Capítulo V del Título III del Libro II del CCCat.”

22. Se debe señalar, en primer lugar, tal como expone S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ²², que el citado art. 13.2 CC nada tiene que ver con la territorialidad aludida. En segundo lugar, se debe apuntar a la luz del texto de la versión aplicada del art. 9.4 CC, que la ley aplicable a la determinación de la filiación de un español (el niño que lo es por filiación paterna) en virtud de la ley española es la de su vecindad civil (art. 16 CC en relación con el citado art. 9.4 CC). Si este niño tiene vecindad civil catalana, será efectivamente el CCCat el que determine las condiciones para que prospere la demanda de su pretendido padre. Conozcan los tribunales catalanes o de cualquier otra parte del territorio nacional español. Y, obviamente, la territorialidad del Derecho catalán consagrada por el tan citado art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña no tendría peso alguno en esta cuestión. Si, por el contrario, este niño español ostentase vecindad civil común, porque su padre fuere de tal vecindad (art. 14.2 CC), sería el CC el aplicable, en Barcelona o en cualquier otro punto del territorio nacional donde estuviese conociendo de este caso el juez. Y, obviamente, la territorialidad del Derecho catalán recogida por el art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña seguiría sin tener que entrar en esta cuestión de determinación de la ley a la filiación natural.

23. En el caso de la SAP de Tarragona de 20 de julio de 2017 expone el Magistrado que “*no hay cuestión sobre la ley aplicable a la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial ejercitada por la actora, ahora apelada, que, por otro lado, viene determinada por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de su establecimiento, conforme al art. 9.4º del CC de carácter imperativo como norma de conflicto (art. 12 CC), por tanto los motivos de oposición suscitados en el recurso deben resolverse de acuerdo con la normativa contenida en el Código Civil y no de acuerdo con el Libro II del CCCat. En atención a la residencia habitual de aquél en Madrid.*” La determinación de la Ley aplicable a este supuesto de filiación natural con el nuevo punto de conexión evita problemas aplicativos, fundamentalmente porque el hijo tiene su residencia habitual en Madrid.

²¹ SAP Barcelona (Sección 12º) de 1 de julio de 2015. ECLI: ES:APB:2015:8035 Id Cendoj: 08019370122015100451. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7487015&links=filiaci%C3%B3n%20lituana&optimize=20151006&publicinterface=true>. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “La “eficacia territorial” del Derecho Civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, julio-septiembre, 2017, Estudios, pp. 35-62.

²² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “La “eficacia territorial” del Derecho Civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, julio-septiembre, 2017, Estudios, pp. 35-62.

V. Conclusiones

24. El art. 9.4.I CC contiene una norma de conflicto materialmente orientada. Se trata de un precepto que descifra la línea político-jurídica española en el campo del DIPr. El legislador español está siguiendo una política firme en el sector de la filiación natural y en el más amplio espectro de la protección de los menores, una línea que se caracteriza por la introducción de un punto de conexión que ayuda a proteger al hijo. Es cierto que el progreso del Derecho sustantivo en el sector de la filiación ha sido en el entorno europeo y en concretamente en nuestro país muy importante desde el punto de vista axiológico. Como expone M. GUZMÁN ZAPATER, nuevos valores han cambiado radicalmente el régimen jurídico material de la filiación por naturaleza en DIPr.²³ Se han eliminado las diferencias ofensivas y discriminatorias entre distintas “clases de hijos”, se ha colocado el principio de verdad biológica de la filiación como punto central del sistema, se ha potenciado el derecho a una familia real y a una filiación verdadera, y se han dejado atrás ideas ya superadas como la protección del honor de la familia, la dominación de la familia por el padre-marido y otras similares, radicalmente incompatibles con la Constitución española de 1978 y con la normativa internacional que regula los derechos humanos²⁴. Esta evolución material y valorativa del Derecho de la filiación presenta un profundo impacto, bien subrayado por C. RUIZ SUTIL, en la determinación de la Ley aplicable a la filiación²⁵. Unido esto a un adecuado orden de puntos de conexión en la norma de conflicto que determina ese Derecho sustantivo y la potenciación del punto de conexión residencia habitual del hijo, dicha combinación de elementos normativos producen grandes ventajas. En efecto, el análisis de esta sentencia y de las reflexiones que suscita conduce a realizar diversas reflexiones finales.

Primera. En los casos de filiación natural que regula el art. 9.4 I CC el hijo es el centro de la regulación jurídica. Esta norma de conflicto fija la Ley aplicable a la determinación de la filiación con especial atención en el hijo. Se trata de una norma de conflicto puerocéntrica. Esta opción que escoge el legislador español para dar contenido al art. 9.4 I CC es una elección acertada. En efecto, en primer término, esta opción evita las discriminaciones legales que podrían surgir en el caso de proclamar la aplicación de la Ley nacional o de la residencia habitual del padre o de la madre. En segundo lugar, esta configuración de la norma de conflicto potencia el *favor filii* ya que la Ley aplicable es una Ley vinculada exclusivamente al hijo y no a sus progenitores reales o presuntos.

Segunda. El legislador español acertó plenamente con la elección del primer punto de conexión de la norma de conflicto que establece la ley aplicable a la filiación natural: la residencia habitual del hijo. La preferencia por este punto de conexión de la residencia habitual de la persona responde a la idea de “integración social”. Se aplica la Ley de dicho país porque corresponde con el ambiente jurídico y social en el que más integrado está el hijo. Supuestamente ésta es la ley aplicable que menores costes genera para las personas afectadas: hijos y (presuntos) progenitores. La aplicación de la Ley de la residencia habitual facilita la integración de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de ciudadanos nacionales de terceros Estados, en el Estado miembro de acogida. Como la mejor doctrina señala la nacionalidad se ostenta, pero en la residencia habitual se vive²⁶. La preferencia del legislador por de este punto de conexión, residencia habitual del hijo, potencia asimismo el principio de la libre circulación, ya que la nacionalidad no supone un obstáculo para una verdadera integración del hijo en el país de su residencia habitual.

²³ M. GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad*, Civitas, 1996, esp. pp. 33-39.

²⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “Nota a la DGRN 10 enero 1984”, *REDI*, 1984, pp. 670-674; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, 2016-II, vol. 68, pp. 157-182.

²⁵ C. RUIZ SUTIL, *Filiación Hispano-Marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, 2011, esp. pp. 99-110.

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable ...”, *op.cit.*, pp. 157-182. D. HENRICH, “Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends”, en N. Lowe y G. Douglas (eds.), *Families Across Frontiers*, La Haya, 1996, pp. 41-51; de Th. M. BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, en Borchers y Zekoll (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers/Ardsey, 2001, pp. 193-214; P. McELEVAY, “The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law”, *ICLQ*, vol. 51, octubre de 2002, pp. 883-908. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 127.

Tercera. El ocaso aplicativo de la ley nacional y en los casos de Derecho interregional de la Ley de la vecindad civil es un dato incontrovertible. La nacionalidad de la persona, y en los casos de derecho interregional, “la vecindad civil”, quedan confinadas a funcionar como punto de conexión subsidiario sólo operativo en defecto de que no se pueda establecer la ley de residencia habitual. Es “*l’effacement de la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle*” (P. WAUTELET²⁷). La pérdida de protagonismo y peso conflictual de la conexión nacionalidad, y también, de la conexión vecindad civil de la persona en el DIPr. español se explica porque la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona contribuye a la integración jurídica de ciudadanos y porque tiene unos costes jurídicos menores para los particulares. La aplicación de la Ley de la residencia habitual suele ser más sencilla, veloz y económica que la aplicación de su propia Ley nacional.

Cuarta. El legislador español ha europeizado de este modo el Derecho internacional privado español de producción interna. Ha preferido, como hace el legislador europeo, el punto de conexión “residencia habitual”. El legislador europeo construye el Derecho internacional privado de la UE con normas de conflicto que, en primer lugar, apuestan por la autonomía de la voluntad de las partes en los sectores jurídicos de libre disposición por las partes, normas que permiten que los particulares en sus controversias puedan establecer el Derecho estatal aplicable a las mismas. En defecto de ese punto de conexión el legislador europeo sigue indefectiblemente el punto de conexión “residencia habitual”. El legislador europeo ha sido tomado como guía en este sentido por el legislador español, y las soluciones propuestas son óptimas para dar respuesta a estas cuestiones. *Europa marca el camino conflictual para España.*

Quinta. La determinación concreta del país o la región, en los casos de Derecho interregional, donde el hijo tiene su residencia habitual se debe realizar con atención al caso concreto. El buen jurista distingue matices y desciende al detalle. En cuanto a las circunstancias del caso concreto, es claro que el hecho de que un menor de una determinada edad esté escolarizado en un concreto Estado o región es relevante para concretar el país de su residencia habitual. Por el contrario, si se trata de un menor de corta edad, ese dato no debe contar con el mismo peso conflictual. Las normas de conflicto que solventan la situación jurídica de los menores exigen interpretar la noción de residencia habitual del menor en el sentido en el que se favorezca de manera más decisiva la posición jurídica de dicho menor. El interés superior del menor es el eje axiomático y fundamental de todos los procesos en los que se encuentren inmersos estos menores. El buen jurista conoce la norma, pero sólo el mejor jurista está atento a la jurisprudencia. Esta decisión puede parecer desprovista de interés, pero se trata de una falsa impresión. En pocas palabras, esta sentencia confirma el giro copernicano en favor de la ley de la residencia habitual en una materia, como la filiación, vinculada desde hace más de cien años a la nacionalidad de la persona. Adiós nacionalidad, bienvenida residencia habitual del hijo. No son sólo palabras...

²⁷ P. WAUTELET, *Le Code de droit international privé*, p. 18. Link: <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/8045/1/Chronique%20WAUTELET%202005.pdf>

NULIDAD MATRIMONIAL INSTADA POR TERCERO
Y COMPETENCIA INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO
2201/2003. COMENTARIO A LA STJUE DE 13 DE OCTUBRE
DE 2016, ASUNTO C-294/15*

MARRIAGE ANNULMENT SUED BY THIRD PARTY AND
JURISDICTIONAL RULES IN EU REGULATION 2201/2003.
JUDGMENT OF THE COURT OF 13 OCTOBER 2016, CASE
C-294/15

PILAR PEITEADO MARISCAL
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 25.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4141>

Resumen: Al hilo de la STJUE de 13 de octubre de 2016, este comentario examina el ámbito de aplicación y los foros de competencia del Reglamento 2201/2003, desde la perspectiva de los procesos de nulidad matrimonial instados por un tercero distinto de los cónyuges, y atiende también a la relación de esta norma con el resto de los Reglamentos que regulan el Derecho de familia en el ámbito europeo.

Palabras clave: Nulidad matrimonial, Reglamento 2201/2003, Derecho de familia europeo.

Abstract: Taking as frame of reference the Judgment of the EUC in Case C-294/15, this paper focuses on the scope and the jurisdiction rules in the EU Regulation 2201/2003. It tries to pay special attention to marriage annulment trials sued by a third party, and also to the relationship between EU Regulation 2201/2003 and the others EU regulations wich rule European Family Law.

Keywords: Marriage annulment, EU Regulation 2201/2003, European Family Law.

Sumario: I. Presentación. II. Supuesto de hecho. III. Breve contextualización. Transnacionalidad y derecho de familia y sucesiones. IV. Cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003. V. Cuestión prejudicial relativa al foro de competencia para conocer del proceso de nulidad instado por un tercero.

I. Presentación

1. La sentencia objeto de este comentario responde a tres cuestiones prejudiciales formuladas en un contexto no frecuente, el transcurso de un proceso de nulidad matrimonial. Como es sabido, el Reglamento 2201/2003 regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales

* Este trabajo se encuadra dentro de los resultados del Proyecto de Investigación “La armonización del proceso civil en la Unión Europea” (DER 2015-64756-P), financiado por el MINECO. Y está dedicado a Carlos Martín Brañas, profesor de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

recaídas en procesos que versan, bien sobre cuestiones matrimoniales –separación, divorcio y nulidad–, bien sobre responsabilidad parental, bien relativos a la sustracción de menores. Estos tres ámbitos, tan relacionados en la realidad de las relaciones personales, tienen en el Reglamento un tratamiento diferenciado, con foros de competencia propios y específicos; y la práctica demuestra que son los asuntos de responsabilidad parental y sustracción de menores los que más cuestiones prejudiciales provocan. No son numerosos, pues, los pronunciamientos del TJUE sobre los foros de competencia en materia matrimonial, y no hay ninguno anterior a la Sentencia de 13 de octubre de 2016¹ que se proyecte sobre un supuesto de hecho parecido o equivalente al que en ella se resuelve. La resolución comentada es trascendente, por tanto, a causa del ámbito sobre el que recae, pero también, como se verá, por la solución concreta que ofrece y los criterios interpretativos en los que se apoya.

II. Supuesto de hecho

2. La Sra. Mikolajczyk, en su condición de heredera de la Sra. Zdzislawa Czarnecka, que estuvo casada con el Sr. Czarnecki, insta ante un tribunal de Varsovia la nulidad del segundo matrimonio del mencionado Sr. Czarnecki, contraído en París con Marie Louise Czarnecka, alegando que al tiempo de estas nupcias subsistía todavía el vínculo matrimonial entre el Sr. Czarnecki y su causante, la Sra. Zdzislawa Czarnecka.

El Sr. Czarnecki había fallecido al tiempo de formularse la demanda, pero la Sra. Marie Louise Czarnecka se opuso a ella aduciendo la falta de competencia internacional de los tribunales polacos, puesto que tanto la última residencia de ambos cónyuges como la residencia actual de la demandada determinaban la competencia de los tribunales franceses al amparo de los guiones segundo o tercero del artículo 3.1 a) del Reglamento. El tribunal de instancia no atendió estas alegaciones, pero terminó desestimando la demanda al considerar probado que el Sr. Czarnecki y su primera mujer, la causante de la actora, se divorciaron años antes de que aquél contrajese nuevas nupcias con la demandada, de modo que no concurría el impedimento de vínculo que determinaría la nulidad que se instaba en la demanda.

La demandante apeló la sentencia de instancia, y el tribunal de apelación de Varsovia, al controlar de oficio su competencia internacional, resolvió formular tres cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera y la segunda se refieren al ámbito de aplicación del Reglamento 2210/2003, y la tercera a la interpretación del foro de competencia esgrimido por la actora y aceptado por el tribunal de instancia. Las tres cuestiones son resueltas por la Sala Segunda del TJUE en Sentencia de 13 de octubre de 2016.

III. Breve contextualización. transnacionalidad y derecho de familia y sucesiones

3. Tiene algo de atrevimiento tratar de pintar en algunos trazos rápidos el paisaje o contexto sobre el que se proyecta la decisión del TJUE que se comenta. Pero, sin embargo, para valorar las implicaciones y el acierto o desacierto de cualquier resolución recaída en este ámbito, es imprescindible separarse un poco de la norma concreta que se interpreta y aplica y observar esa norma como lo que es, una pieza en un conjunto complejo; conjunto que se encuentra, además, en un momento importante de su evolución.

4. Mientras Europa (en sus diversas construcciones jurídicas) fue concebida como un espacio para la libre circulación de bienes y servicios, el Derecho de familia podía permanecer completamente al margen de las normas europeas, bien resguardado en el ordenamiento interno de cada Estado. Cuando comienza a hacerse evidente que los bienes y servicios no circulan solos, y se va configurando además una sensibilidad política y social en la que gana protagonismo la concepción de Europa como un espacio de circulación de personas, resulta imprescindible atender, por un lado, a que las personas se mueven acompañadas de sus familias –física o jurídicamente, de su situación familiar– y, por otro, a que este

¹ STJUE de 13 de octubre de 2016, ECLI:EU:C:2016:772. Asunto C-249/15, Mikolajczyk.

movimiento de personas genera la constitución de nuevas relaciones personales y familiares de carácter transnacional.

5. Durante algún tiempo, el único instrumento normativo directamente vinculado con esta realidad es el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, que establece normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, dictadas con ocasión de acciones judiciales en materia matrimonial, que fue derogado y sustituido por el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental². Hasta 2009 no se adopta una nueva norma en este ámbito, relativa a la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos³. En 2010 llega la primera regulación sobre ley aplicable, referida al divorcio y a la separación judicial⁴; y en 2012 la primera norma europea sobre sucesiones, primera también que aúna las dimensiones procesal –competencia, reconocimiento, ejecución– y sustantiva –ley aplicable–⁵. Los últimos eslabones de esta cadena los constituyen por el momento los dos Reglamentos aprobados en 2016 relativos a las cuestiones procesales y sustantivas atinentes a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de uniones registradas⁶.

6. En todo este *corpus*, la nulidad matrimonial tiene una situación particular. El Reglamento 2201/2003 incluye en su ámbito de aplicación los procesos de nulidad matrimonial tanto como los de divorcio y separación, de manera que cuando ante los tribunales de un Estado miembro se suscite un proceso de nulidad matrimonial, éstos fijarán su competencia internacional conforme a sus previsiones; y así sucede igualmente con el Reglamento 2016/1103, que regula la atribución de competencia internacional para conocer de cualquier liquidación del régimen económico matrimonial, también de la que se deriva de la declaración de nulidad del matrimonio. Sin embargo, la nulidad del matrimonio está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010, de manera que la ley aplicable a la nulidad matrimonial se determina en cada Estado miembro por sus normas internas de Derecho Internacional Privado y no por una norma común. Por si el panorama fuese poco complicado, hay que tener en cuenta además que es frecuente que –a causa de la tradición del Derecho Internacional Privado en estas materias– las legislaciones de los Estados miembros no se remitan a una única *lex matrimonii*, de manera que la ley sustantiva aplicable a la nulidad de un matrimonio concreto no es una sola, porque tampoco es una sola la que rige la validez del matrimonio, sino que los distintos aspectos que lo configuran como válido (y cuya falta de concurrencia determina la nulidad) están regidos por legislaciones distintas. Toda esta complejidad es determinante para entender y valorar las decisiones adoptadas por el TJUE.

7. Un sencillo ejemplo bastará para comprobarlo. Si se suscita ante los tribunales españoles un proceso de nulidad para el cual son competentes conforme al Reglamento 2201/2003, tendrán que acudir a la norma de conflicto interna para saber conforme a qué legislación sustantiva va a resolverse sobre la nulidad solicitada. El artículo 107 CC dispone que “la nulidad del matrimonio y sus efectos se

² Como se desprende de los Considerandos 3 a 6 del Reglamento 2201/2003, el Reglamento 1347/2000 no es derogado y sustituido porque se revisen los foros previstos para los procesos matrimoniales, sino para introducir la regulación de la ejecución de resoluciones relativas al régimen de visitas de los hijos.

³ Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

⁴ Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Como su propio nombre indica, no es un Reglamento aplicable a todos los Estados miembros, sino solo a los que constituyen la cooperación reforzada que regulan los artículos 326 a 334 TFUE.

⁵ Reglamento 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁶ Respectivamente, Reglamento 2016/1103, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y Reglamento 2016/1104, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

determinarán conforme a la ley aplicable a su celebración”. Puesto que la ley aplicable a la celebración del matrimonio no es una sola, habrá que acudir a la que resulte regir el aspecto del matrimonio que esté en cuestión. Si la causa esgrimida es, pongamos por caso, la falta de edad de los contrayentes, habrá que tener en cuenta que, según el artículo 9.1 CC, “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. De esto resulta que la determinación de si cada uno de los cónyuges tenía o no la edad suficiente para contraer matrimonio no se desprenderá de la aplicación de la ley española, sino de la ley de la nacionalidad de cada uno de ellos. En cambio, si la acción de nulidad se funda en una circunstancia relativa a la forma de celebración del matrimonio, el tribunal español tendrá que tener en cuenta los artículos 49 y 50 CC, que regulan la ley aplicable a la forma en que el matrimonio se contrae en función de diversos foros, como la nacionalidad de los contrayentes o el lugar de celebración del matrimonio.

IV. Cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003

8. Las dos primeras cuestiones dirigidas al TJUE y resueltas en la sentencia de 13 de octubre de 2016 se dirigen a verificar si el Reglamento 2201/2003 se extiende a procesos de nulidad iniciados tras el fallecimiento de alguno de los cónyuges y si abarca también los procesos de nulidad que insta un tercero distinto de los cónyuges. El TJUE las examina de manera conjunta y mediante dos criterios de interpretación diferentes.

9. El primero de estos criterios es el literal, y, conforme a él, el Tribunal considera que no existe ningún elemento que limite los procesos de nulidad que están integrados en el ámbito de aplicación del Reglamento. No existe en el artículo 1.1 a), que delimita en sentido positivo las materias a las que se aplica el Reglamento y que se refiere a la nulidad matrimonial sin hacer ninguna distinción; y tampoco existe en el artículo 1.3, que enumera en un catálogo cerrado las cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación.

10. En segundo lugar, el TJUE se plantea la cuestión atendiendo a un criterio teleológico, a la finalidad de la norma. Y, mirado el asunto desde esta perspectiva, el TJUE concluye que en nada mejoraría la consecución de los objetivos que se persiguen con el Reglamento 2201/2003 y que, en cambio, se vería perjudicada de manera importante la seguridad jurídica, si se considerase que los procesos de nulidad instados tras el fallecimiento de uno de los cónyuges o por un tercero distinto de los cónyuges no forman parte del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003. Lo que sucedería entonces es que estas situaciones no se encontrarían cubiertas por ninguna norma europea, de manera que se resolverían conforme al Derecho interno de cada Estado miembro, creando un escenario fragmentario y poco previsible, que es precisamente lo que el Reglamento pretende evitar –y lo que, como se ha visto, sucede actualmente con la ley aplicable a la nulidad matrimonial–.

11. A mi juicio, la decisión del Tribunal es acertada. Sin embargo, creo que su fundamentación obvia la razón última de ambas soluciones, que radica, estimo, en las particularidades de la pretensión de nulidad.

La nulidad no es cualquier forma de disolver un matrimonio, sino la pretensión de que se declare que éste nunca existió, que no llegó a contraerse. A diferencia del divorcio, que tiene carácter constitutivo porque extingue una situación jurídica existente y anterior, la nulidad implica la declaración de que la situación jurídica de matrimonio es simplemente una apariencia que en realidad nunca se constituyó jurídicamente, a causa de un vicio concurrente en su origen. Como consecuencia de las diferencias entre la naturaleza jurídica del divorcio y la de la nulidad, la resolución judicial de divorcio –o de separación– produce efectos *ex nunc*, desde el momento en que una situación jurídica nueva sustituye a la anterior; sin embargo, la resolución judicial de nulidad produce efectos *ex tunc*, que determinan la posibilidad de deshacer lo que se creó, constituyó y fundó en una situación jurídica que no era real, solo aparente.

12. Si no se atiende a esta diferencia, tiene pleno sentido formularse la primera cuestión prejudicial. El ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 incluye diversos medios para deshacer un matrimonio, pero excluye todas las cuestiones vinculadas a esa disolución que no son estrictamente la situación jurídica matrimonial –liquidación del régimen económico o sucesión, por ejemplo–. ¿Por qué va a aplicarse entonces el Reglamento a una pretensión que no tiene como objetivo la disolución del matrimonio, puesto que éste ya está disuelto por la muerte de uno de los cónyuges? La razón es que la nulidad no deshace el matrimonio, sino que declara que éste nunca existió: quien insta la nulidad no alcanza solo la modificación de una situación jurídica a partir de la sentencia de nulidad, sino que accede a la posibilidad de poner en cuestión situaciones y relaciones jurídicas que se constituyeron sobre la base de una que no existía, el matrimonio. Dicho de otro modo, la muerte de uno de los cónyuges puede tener en cuanto al matrimonio una eficacia jurídica similar al divorcio, puesto que pone fin a la existencia de una relación conyugal; pero no alcanza a los efectos de la nulidad, que no está relacionada con el final del matrimonio sino con su origen o comienzo, determinando que su eficacia se remonte hasta éste.

13. Es cierto que la nulidad se pretende en este caso, no para que repercuta sobre la relación matrimonial, sino con una intención distinta, probablemente de carácter patrimonial y vinculada a cuestiones sucesorias. Pero los objetivos o motivaciones últimos del actor no afectan al objeto del proceso porque el actor no los incluye en él, sino que se limita a pedir lo único que permite el cauce procesal, la declaración de nulidad del matrimonio. Declaración sin la que, por cierto, no es posible tampoco que el actor articule en otros procesos esas pretensiones, tal vez legítimas. Declara el TJUE que no hay razones literales ni teleológicas –miradas éstas desde los objetivos del Reglamento 2201/2003– para excluir los procesos de nulidad de su ámbito de aplicación aunque uno de los cónyuges haya fallecido. Y es completamente cierto. Pero considero que hay además una tercera razón, igualmente teleológica pero mirada respecto de la institución de la nulidad matrimonial; y consiste en que, en todo caso –es decir, estén vivos o no los cónyuges–, y a causa de su propia y específica naturaleza jurídica, la eficacia de la declaración de nulidad se retrotrae hasta el momento inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, de modo que no tiene sentido distinguir entre cónyuges fallecidos y no fallecidos respecto de una institución jurídica que no está temporalmente limitada por el hecho de la muerte de los cónyuges.

14. La segunda cuestión prejudicial puede observarse desde la misma perspectiva: ¿tiene sentido incluir en el ámbito de aplicación de un Reglamento en el que todo está hecho a medida de los cónyuges, uno en la posición de actor y otro en la de demandado, litigios instados por un tercero, que descolocan el esquema procesal y con él otros aspectos, como la interpretación de los foros de competencia a la que se refiere la tercera cuestión prejudicial? Si se atiende a la naturaleza jurídica de la nulidad la respuesta solo puede ser positiva, puesto que la eficacia de su declaración va a ser la misma independientemente del sujeto que la pretenda, y puede tener una repercusión más amplia que la que alcanza a las esferas personal y familiar de los cónyuges respecto de cuyo matrimonio se pide la declaración de nulidad. De nuevo, no parece adecuado que se distinga entre procesos que tienen la misma eficacia, las mismas consecuencias, solo en virtud de quien ejercita la acción. Además de que, por supuesto, nada hay en la definición del ámbito de aplicación ni en la determinación de las exclusiones de este ámbito que permita considerar que el legislador tuvo la voluntad de excluir del Reglamento 2201/2003 los procesos de nulidad instados por un tercero.

15. Ni los tribunales polacos que intervienen en las dos instancias ni el TJUE se plantean en ningún momento la admisión de la legitimación del tercero, probablemente porque nadie la cuestionaría en el proceso del que traen causa las cuestiones prejudiciales, pero es una materia tan interesante y particular que justifica un momento de atención. Ya se dijo en el epígrafe anterior que la posición de la nulidad matrimonial en las normas europeas de Derecho de familia es discontinua, puesto que algunas la excluyen de su ámbito de aplicación y otras la incluyen. La realidad es que la nulidad matrimonial no es una institución uniformemente extendida en la UE –hay Estados que no la contemplan– ni tampoco uniformemente regulada en los ordenamientos jurídicos de los Estados que sí la albergan. Uno de los puntos en los que existen diferencias notables es precisamente éste, el relativo a la legitimación de sujetos dis-

tintos de los cónyuges para instar la nulidad de un matrimonio. Téngase además en cuenta, por último, que es posible que los ordenamientos que legitiman a un tercero tampoco lo hagan de manera uniforme ni para todos los casos. Así sucede con el nuestro: hay causas de nulidad alegables por cualquiera sobre la base del artículo 74 CC, algunas para cuya alegación se faculta solo a unos cuantos sujetos (la minoría de edad, por ejemplo, artículo 75 CC), y otras para las que se excluye cualquier legitimación distinta de la de los cónyuges (miedo, coacción o error, artículo 76 CC).

16. La legitimación tiene una vertiente procesal y otra vinculada a la relación sustantiva que constituye el objeto del proceso. Lo expresa muy bien el primer inciso del artículo 10 LEC: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. Para comprobar, por tanto, si la legitimación que un sujeto alega tener está amparada por el ordenamiento jurídico, hay que acudir a la legislación aplicable para resolver el fondo del asunto. Y, como se ha dicho ya, ni existe una norma europea para determinar la legislación aplicable a la nulidad matrimonial, excluida del ámbito del Reglamento 1259/2010, ni existe, en el caso de nuestro Derecho interno, una única ley aplicable al régimen jurídico completo del matrimonio. Como consecuencia, si el proceso de nulidad se suscitase por un tercero distinto de los cónyuges ante los tribunales españoles, y éstos se estimasen competentes para conocer en virtud del Reglamento 2201/2003, escogerían como ley aplicable a la nulidad la que regulase la validez del aspecto que se alega como causa de nulidad: la ley personal de cada cónyuge si la petición de nulidad se funda en la falta de capacidad, de consentimiento o en la existencia de un impedimento de ligamen (artículo 9.1 CC), o la ley del foro de nacionalidad o de lugar de celebración conforme al que se hayan ordenado los aspectos formales del matrimonio (artículos 49 y 50 CC), por poner algunos ejemplos. Dos observaciones breves son aún necesarias para cerrar esta cuestión:

- La primera es que pongo los ejemplos de ley aplicable que me parecen indiscutibles. Pero hay un grupo importante de supuestos –que no desarrollaré aquí, porque se aleja mucho del objeto de este comentario– que podrían subsumirse en más de un apartado del artículo 9 CC, o en ninguno, como por ejemplo el error sobre la identidad o condiciones del otro contrayente, o sobre las cargas y obligaciones derivadas del matrimonio.
- A mi juicio, y puesto que no existe ley general sobre la validez o invalidez del matrimonio, la legitimación de un tercero para instar la nulidad solo puede regirse por la ley que a su vez rija la circunstancia del matrimonio en la que el tercero funde la causa de nulidad que alega. Esta interpretación, que es muy poco satisfactoria por su fragmentación y por la inseguridad jurídica que origina, tiene al menos dos ventajas. La primera, seguir el mismo criterio de determinación de la ley aplicable que se utiliza para los restantes aspectos relativos a la nulidad del matrimonio –que también resulta increíblemente fragmentario e inseguro, atendidos el grado de evolución jurídica que tenemos y la importancia y volumen de este tipo de litigios–. La segunda consiste en que permite adaptarse a ordenamientos como el nuestro que, reconociendo legitimación a terceros para instar la nulidad del matrimonio, no la otorga en igual grado ni a los mismos sujetos respecto de todas las causas de nulidad y en todas las circunstancias⁷.

⁷ Dentro de la inseguridad propia de este ámbito, no comparto, por ejemplo, la solución dada por la SAP Madrid 363/2014, de 4 de abril, a un supuesto en el que el hijo de la esposa fallecida, española, demanda al cónyuge supérstite, cubano, instando la nulidad del matrimonio celebrado en Cuba por falta de consentimiento de su madre a causa de una disminución de sus facultades mentales. La APPr de Madrid entiende aplicable la norma de conflicto prevista en el artículo 9.2 CC para los efectos del matrimonio (no comprendo por qué, puesto que los efectos del matrimonio están constituidos por los personales propios del vínculo jurídico matrimonial y por los patrimoniales que se concretan en el régimen económico matrimonial), y dentro de los foros de competencia establecidos por ella, el del lugar de celebración del matrimonio, Cuba. Considera que ésta es la legislación aplicable a las causas de nulidad y a la legitimación para solicitarla, y desestima la demanda porque la legislación cubana solo legitima a los cónyuges y al Ministerio Fiscal para instar la nulidad de un matrimonio. Por mi parte, considero que nada indica que la ley aplicable a los efectos del matrimonio sea la que debe regir la nulidad matrimonial en conjunto, sino, muy al contrario y como se ha explicado, que todo parece concluir que no hay una norma de conflicto única sino una previsión específica de ley aplicable para cada circunstancia determinante de la validez del matrimonio. De manera que, a mi juicio, si el demandante pretendía la nulidad con fundamento en la falta de capacidad de su madre para prestar consentimiento, la APPr debería haber aplicado la legislación que rige la capacidad, que es la nacional de cada contrayente (artículo 9.1 CC), y, en este caso concreto, la española. La legislación española será la que resuelva si la mujer tenía o no la capacidad exigida –también por la ley española, ley personal

V. Cuestión prejudicial relativa al foro de competencia para conocer del proceso de nulidad instado por un tercero

17. La tercera cuestión prejudicial se refiere a la interpretación del foro de competencia alegado por la actora para fundar la jurisdicción de los tribunales polacos. El artículo 3 del Reglamento 2201/2003 prevé un conjunto de foros para la atribución de competencia que funcionan de manera alternativa y no jerárquica; de esta alternatividad resulta que es posible que sean competentes para conocer de un asunto concreto los tribunales de más de un Estado miembro, asumiéndolo aquél de entre ellos ante el que ha sido formulada la demanda. El texto literal de la norma es el siguiente:

“1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
 - la residencia habitual de los cónyuges, o
 - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
 - la residencia habitual del demandado, o
 - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
 - la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
 - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile";
- b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término "domicile" se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda”.

18. Como puede verse, los foros comprendidos en la letra a) giran en torno a la residencia habitual, mientras que el previsto en la letra b) se funda en la nacionalidad. Pero, así como no ha lugar a preguntarse a qué sujetos se refiere la nacionalidad que funda la competencia, porque la norma menciona expresa y únicamente a ambos cónyuges, el apartado a), que contiene foros ligados a la residencia habitual, vincula ésta con sujetos distintos: los cónyuges (guiones primero, segundo y cuarto), el demandado (guion tercero) y el demandante (guiones quinto y sexto).

19. La Sra. Mikolajczyk, demandante, insta la nulidad del matrimonio de su causante ante los tribunales de su propio domicilio, al amparo de lo prevenido en el guion quinto de la letra a) del artículo 3.1 del Reglamento 2201/2003. Y el tribunal de apelación de Varsovia eleva al TJUE la cuestión de si puede entenderse por “demandante”, a efectos de fundar la competencia del tribunal en las normas del Reglamento 2201/2003 a un sujeto distinto de los cónyuges.

20. El TJUE ofrece una respuesta sencilla y aparentemente razonable, sensata y sin aristas: las normas de competencia del Reglamento 2201/2003 “tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges” (fundamento 49), de modo que el tercero que puede demandar amparado por el ámbito de

de la contrayente, porque no hay una ley común que establezca los requisitos para contraer matrimonio–, e igualmente la que determine si esa falta de capacidad puede ser esgrimida por un tercero para obtener la nulidad de la declaración del matrimonio. La solución del supuesto concreto habría sido completamente distinta, puesto que conforme a los artículos 73 y siguientes CC el actor sí estaría legitimado para ejercitar la acción de nulidad por esta causa, de modo que el tribunal habría tenido que entrar en el fondo del asunto y resolver sobre la capacidad o no de la contrayente para prestar consentimiento.

aplicación del Reglamento queda “sometido a las normas de competencia definidas en interés de los cónyuges” (fundamento 51), concluyendo como consecuencia que el concepto de demandante que aparece en el artículo 3.1 a) del Reglamento “no incluye a personas distintas de los cónyuges” (fundamento 52). Sin embargo, y sin cuestionar absolutamente la decisión del TJUE, sí considero que hay extremos, aspectos, que disuenan, con la institución de la nulidad matrimonial, con el propio Reglamento 2201/2003 y con el conjunto de normas europeas sobre Derecho de familia que se han promulgado tras el Reglamento 2001/2003. Los puntos en los que algo “roza” pueden sintetizarse en los que a continuación se exponen.

21. La primera de estas disonancias, aunque no tenga mucha importancia, se produce en el interior de la propia resolución judicial. Mientras que la respuesta a las cuestiones primera y segunda se apoya (no solo, pero sí en primer lugar) en una interpretación literal estricta, consistente en no decir lo que el Reglamento no dice, la respuesta a la cuestión tercera se funda exactamente en lo contrario, en entender que la norma dice “cónyuge demandante” en lugar de “demandante”. No es una observación que tenga mucho más recorrido, aunque es cierto que la propia norma usa la condición “cónyuge” para definir otros foros de competencia y no los que se contienen en los guiones quinto y sexto del artículo 3.1 a), y que, a su vez, “demandante” y lo que este concepto implica no es algo novedoso para el legislador europeo, sino una condición profusamente manejada para definir criterios de competencia⁸.

22. Más chocante es la confrontación del interés de los cónyuges como criterio de interpretación con la naturaleza de la acción de nulidad. La nulidad matrimonial como institución jurídica no se dirige fundamentalmente a proteger el interés de los cónyuges, sino el del ordenamiento jurídico en su conjunto y la configuración de la realidad social sobre la que se proyecta. Precisamente porque la nulidad no tiene como objeto la protección del interés de los cónyuges hay sujetos distintos de ellos legitimados para instarla: el Ministerio Fiscal en representación del interés público, y terceros titulares de derechos o situaciones jurídicas que determinen la concurrencia de un interés legítimo en la declaración de la nulidad del matrimonio. Si el criterio rector de la institución jurídica de la nulidad matrimonial no es el interés de los cónyuges, tampoco tendría que ser necesariamente –como parece desprenderse de la STJUE– el elemento central de los foros de competencia destinados a que se declare.

23. Pero es que tampoco resulta ser exactamente cierto que el centro de los foros de competencia del Reglamento 2201/2003 se sitúe en el interés de los cónyuges. Si acaso, de alguno de los cónyuges, del cónyuge demandante, que es distinto. Si el sistema de determinación de la competencia en materia matrimonial primase el interés de los cónyuges, contemplaría la posibilidad de pacto entre ellos para seleccionar el tribunal competente, o al menos la sumisión tácita, como ocurre, por ejemplo, en los Reglamentos relativos a la sucesión o al régimen económico matrimonial en las condiciones por ellos previstas. Es cierto que en los últimos diez años el Derecho de familia, a nivel europeo, ha experimentado una fuerte evolución que lo va conduciendo del ámbito del interés público y de la indisponibilidad a unos parámetros en los que se presta mayor atención a los derechos e intereses individuales de los implicados, a una esfera más privada y disponible. El Reglamento 2201/2003, con sus foros alternativos que permiten –y provocan– la conocida como “carrera hacia los tribunales” –para resultar el actor y no el demandado, y ser quien elija, en consecuencia, entre los distintos foros posibles, el más adecuado a los propios intereses–; con la indisponibilidad total de sus normas y con la rigidez de sus criterios

⁸ También hay alguna pequeña contradicción entre la sentencia Mikolajczyk (ECLI:EU:C:2016:772 y la de 16 de julio de 2009, ECLI:EU:C:2009:474, mediante la que el TJUE resuelve el asunto C-168/08, Hadadi. La sentencia que comentamos cita esta otra en su apoyo, en el fundamento 47. Sin embargo, estimo que el pronunciamiento del asunto Hadadi al que se hace referencia en este fundamento se realiza de pasada, y no para determinar si todos los foros de residencia habitual están vinculados a los cónyuges sino para resaltar la diferencia entre los puntos de conexión que se vinculan a la residencia habitual y los que se sostienen sobre la nacionalidad, que son –estos últimos– el objeto de las cuestiones prejudiciales que en ella se resuelven. En cambio, mientras que en la sentencia Mikolajczyk el fundamento 51 afirma que la interpretación que limita la competencia del Estado de residencia habitual del demandante a que éste sea uno de los cónyuges no priva a los terceros del acceso a la justicia, porque cuentan con los otros foros previstos en el Reglamento, el fundamento 53 de la sentencia Hadadi rechaza la interpretación propuesta por una de las partes porque entiende inadecuado “restringir la facultad de los justiciables de elegir el tribunal competente, concretamente en el supuesto de ejercicio del derecho a la libre circulación de las personas”.

se ha quedado obsoleto. Es comprensible y necesario que la interpretación del TJUE lo actualice y lo armonice con el resto de las normas que integran el sistema jurídico al que pertenece. Pero el resultado de esta tarea no debe redundar en perjuicio de un sujeto que, respecto de la acción que ejercita, está tan legitimado como los cónyuges conjuntamente, y como cualquiera de ellos por separado. No tiene una explicación sencilla la razón que permite favorecer al cónyuge demandante pero no al tercero que demanda con la misma legitimación que él. La fragilidad de este criterio del interés de los cónyuges, su apariencia de destilado *a posteriori* y orillando la literalidad de la norma, resalta con crudeza en el contraste con el interés superior del menor, formulado como un *prius* por el legislador en los Considerandos 12 y 13 del Reglamento, como criterio del que emanan y que rige los foros de competencia en materia de responsabilidad parental.

24. Desde luego, si el tercero que insta la nulidad de un matrimonio pudiera hacerlo ante los tribunales del Estado en el que ha tenido su residencia habitual durante el año anterior a la interposición de la demanda, se correría el riesgo de que los cónyuges se encontrasen ante un foro exorbitante, ante los tribunales de un Estado que no tiene ningún punto de conexión con la relación conyugal cuya nulidad se pretende. Sin embargo, este mismo efecto, convenimos que indeseable, puede ser sufrido por cualquiera de los cónyuges ante la demanda de nulidad, separación o divorcio formulada por el otro cónyuge con amparo en el mismo criterio de competencia. No parece muy razonable que el foro exorbitante sea tolerado cuando beneficia a un cónyuge pero proscrito cuando beneficia a un tercero que, no lo olvidemos, tiene la misma legitimación que los cónyuges respecto de la acción que ejercita. Al mismo punto de razonamiento se llega si, en lugar de mirar la decisión del TJUE desde la perspectiva del foro exorbitante, se contempla desde la óptica de la previsibilidad, otro factor valioso que los Reglamentos de atribución de competencia internacional tienden a salvaguardar. Es cierto que la posibilidad de que un tercero inste la nulidad de un matrimonio ante los tribunales de su residencia habitual abre extraordinariamente el abanico de los Estados ante los que puede suscitarse un proceso respecto de un matrimonio concreto. Pero resulta igualmente cierto que la previsibilidad no es el valor fundamental de una norma que contiene foros alternativos y que no excluye la concurrencia de competencias. Además de que, de nuevo, es igualmente poco previsible el Estado en el que uno de los cónyuges puede fijar su residencia habitual tras la ruptura de la convivencia, convirtiéndolo así en foro propicio para instar un año después la separación, la nulidad o el divorcio. Los foros de competencia previsibles están vinculados al pasado; lo que se abre al futuro excede de lo que los hombres podemos prever.

EL TRASLADO ILÍCITO DE MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: RETORNO vs. VIOLENCIA FAMILIAR O DOMÉSTICA

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION IN THE EUROPEAN UNION: RETURN OF THE CHILD vs. DOMESTIC OR FAMILY VIOLENCE

ISABEL REIG FABADO
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 29.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4142>

Resumen: Cada vez resulta más habitual la concurrencia de violencia doméstica o familiar en los supuestos de sustracción internacional de menores, en los que la retención o el traslado ilícito del menor se utiliza como una vía de alejamiento. El sistema de retorno inmediato del menor del Convenio de la Haya de 1980 prevé esta circunstancia bajo la excepción de *grave riesgo* del artículo 13.1.b), en un marco regulador poliédrico, que se completa con el Reglamento 2201/2003, *Bruselas II bis* –para los traslados *intracomunitarios*– y con las medidas de protección previstas en el Convenio de la Haya de 1996 –entre los Estados parte– y el procedimiento del *Capítulo IV bis* de la LEC española. Los problemas en la aplicación práctica y la apreciación del interés superior del menor se revelan especialmente polémicos en estos supuestos, sobre todo por lo que respecta a las ejecutorias.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, violencia doméstica o familiar, retorno seguro, carácter ejecutorio, medidas de protección del menor, derecho de audiencia del menor.

Abstract: The occurrence of domestic or family violence in cases of international child abduction is increasingly common, in which the detention or illegal transfer of the child is used as a means of alienation. The system of immediate return of the child of the Hague Convention of 1980 provides for this circumstance with the exception of grave risk of harm of article 13(1)(b), in a polyhedral regulatory framework, which is completed by Regulation 2201/2003, Brussels IIa –for *intra-EU* cases– and with the protection measures provided for in the Hague Convention of 1996 –between the States Parties– and the procedure of Chapter IV bis of the Spanish Civil Prosecution Law. Problems in the practical application and appreciation of the best interests of the child are particularly controversial in these cases.

Keywords: international child abduction, domestic or family violence, safe return, enforceability, child protection measures, right of a child to be heard.

Sumario: I. Introducción. 1. Los hechos y los fundamentos de la Sentencia. 2. Cuestiones planteadas. II. La sustracción internacional de menores en la UE: un marco regulador poliédrico. III.- La incidencia de la violencia familiar o doméstica en el retorno del menor. 1. La excepción al retorno inmediato del menor por grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya en relación con el Reglamento Bruselas II bis. 2. El retorno seguro del menor en los casos en que se invoca el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980: las medidas de protección del Convenio de la Haya de 1996. IV. Algunos aspectos sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones relativas a la restitución de menores. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La actualidad de la sustracción internacional de menores responde a diversos –y, en ocasiones, penosos– factores. Por un lado, y en un contexto en el que se prevé que, actualmente, y solo en la UE, residen aproximadamente 16 millones de parejas mixtas¹, en las dos últimas décadas se ha producido un aumento considerable del número de traslados y retenciones ilícitas de menores (en España, se multiplica casi por siete el número de supuestos)². Por otro, el propio perfil subjetivo ha evolucionado sustancialmente. De modo que, si tradicionalmente era el progenitor en ejercicio de su derecho de visitas el que trasladaba o retenía ilícitamente al menor, actualmente, la mayor parte de supuestos son llevados a cabo por el progenitor custodio, casi siempre la madre³. A mayor abundamiento, en muchos casos, concurren elementos de violencia de género en los que el traslado de menor supone una vía de alejamiento⁴ como se plantea en este supuesto y, en ocasiones, con una extraordinaria repercusión social.

2. Ello después de cuarenta años de vigencia del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁵ –en aplicación combinada con el Reglamento *Bruselas II bis*⁶– que, aunque ha demostrado ser el instrumento más eficaz mediante el retorno inmediato del menor, también presenta luces y sombras en su aplicación y en su adaptación a la evolución del fenómeno en estos años. En este sentido, cada vez son más numerosas las excepciones a la restitución del menor con base en el artículo 13.1.b) de este Convenio –que es donde pueden incardinarse los supuestos relacionados con la violencia doméstica o familiar, como veremos– y las denegaciones de restitución por oposición del menor, amén de la lenta tramitación de las solicitudes⁷. Y, en la misma línea crítica, la jurisprudencia del Tribunal de DDHH de Estrasburgo plantea la posible vulneración de derechos fundamentales en las restituciones inmediatas de menores⁸, si bien las propuestas de reformas legislativas y la jurisprudencia del TJUE siguen apoyando la inmediatez del retorno.

¹ Según INCADAT (*International Child abduction Data Base*), vid. <https://www.incadat.com/es>. Consultado a 8 de enero de 2018.

² En el marco del *Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores* (Instrumento de Ratificación publicado en BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099-26105, BOE-A-1987-19691), en 2015 hubo por lo menos 2.904 menores afectados en relación con 2.191 solicitudes de retorno. Aumento ralentizado pues crecen un 3% las solicitudes de 2008 a 2015, mientras que de 2003 a 2008 aumentaron un 45%. Si bien este aumento del 3% en 2015 se dio de forma concentrada en solo algunas jurisdicciones básicamente de la UE (en este orden, sobre todo, Reino Unido y Alemania, pero también Estado Unidos, Francia y Rumanía). Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction-Global Report”, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*, octubre de 2017, HCCH, p. 3. En España, la Autoridad Central ha pasado de 36 solicitudes en 1998, a 242 en 2015. En ese mismo año 2015, hubo 109 solicitudes que instaban la restitución de 140 menores a su lugar de procedencia y 133 requerimientos de retorno de 171 menores trasladados o retenidos ilícitamente fuera de España. Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, Sección Foro, Vol. 68/2, julio-diciembre de 2016, pp. 337-346, esp. p. 2 y “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium Dipr*, núm. 3º/2016.

³ En 2015, el 73 % de los sustractores eran las madres, de las que el 93% eran custodios. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis...”, *op. cit.*, p. 3.

⁴ Vid. M. KAYE, “The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 13, issue 2, 1999, pp. 191-212.

⁵ Vid., *Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Instrumento de Ratificación publicado en BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987 (BOE-A-1987-19691).

⁶ *Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, 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*, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como *Bruselas II bis* (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁷ Las estadísticas son especialmente significativas, los 238 casos de denegaciones judiciales de 2015 suponen un 15%. De éstos, la causa mayoritaria de la denegación fue, individual o combinadamente, el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya que supuso un 26%, y por oposición del menor, un 16%. Con respecto al plazo de tramitación de estas solicitudes en 2015 se empleaban 244 días, mientras que en 1999 eran 147 días, y 286 en 2008. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis...”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁸ Vid. P. BEAUMONT Y OTROS, “Child abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº1, 2015.

1. Los hechos y los fundamentos de la Sentencia

3. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de julio de 2017⁹ refiere los hechos siguientes. Los progenitores –G. y P.J.–, de nacionalidad húngara y con residencia habitual en Budapest, habían mantenido una relación de hecho durante 15 años de la que nació N. Cuando ésta contaba 9 años de edad la madre se trasladó con la menor a Palma de Mallorca sin conocimiento del padre y sin autorización judicial, ocultando el paradero de ambas durante meses. El progenitor instó en Hungría diversos procedimientos en aras a su localización y con el objeto de solicitar el retorno de la menor a Budapest que, finalmente, dicta el tribunal húngaro y cuya denegación de ejecución en España es ahora objeto de apelación. La madre no niega el carácter ilícito del traslado de la menor sino la existencia de diversos procedimientos penales por violencia de género contra el padre abiertos, tanto en Hungría, como en España. La ejecutoria se deniega en instancia, razón por la que el padre apela, y se concede en alzada, ordenando el cumplimiento de su contenido.

4. En este sentido, la orden húngara de restitución de la menor –el Auto del Tribunal de Budapest, de 4 de mayo de 2016 (en la documental de fecha 11 de abril de 2016)– designa Hungría como lugar de residencia de la menor –que es el lugar de residencia de la madre– hasta que haya sentencia firme. El tribunal español afirma en apelación que se trata de una resolución extranjera susceptible de ejecución en España *ex* artículo 28, en relación con los artículos 37 y 38 del Reglamento 2201/2003. A partir de aquí, el tribunal español refiere los fundamentos de las normas de competencia judicial internacional sobre responsabilidad parental del Reglamento 2201/2003 que regulan la materia. Normas concebidas en aras al principio de proximidad que determina el juez natural predeterminado por la Ley y el principio del interés superior del menor del Considerando 12 del Reglamento. A continuación, el tribunal procede a enumerar los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del artículo 23 del mismo Reglamento. La madre se había opuesto, en instancia, básicamente, por falta de audiencia al menor y por la situación de urgencia por la existencia de denuncias de malos tratos en ambos países y el tribunal sostiene que estas causas de oposición no pueden subsumirse en ninguno de los motivos de denegación del artículo 23. La falta de audiencia de la menor sí que fue acogida en primera instancia, si bien el juez de apelación se ampara en los artículos 159 del Código civil y el 770.4 de la Ley de enjuiciamiento civil españoles para rechazarla. Posteriormente, ya en alzada, la madre sí que alega las causas de no restitución de los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pero el tribunal lo considera extemporáneo.

5. Así pues, el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de julio de 2017 estima el recurso de apelación interpuesto por el padre revocando la Sentencia del Juzgado de Violencia nº 2 de Palma, de 27 de febrero de 2017 y acuerda denegar los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución del Auto del Tribunal de Budapest, de 4 de mayo de 2016 (en la documental de fecha 11 de abril de 2016) respecto a la menor. Razón por la que se concede la ejecutoria del Auto húngaro, ordenando que se cumpla el contenido de la resolución húngara.

6. A la vista de los hechos de la Sentencia y de la argumentación del Tribunal, conviene hacer referencia a varias de las cuestiones suscitadas. Y ello, en tanto en cuanto, se asiste en apelación a la concesión de la ejecutoria de una resolución de retorno inmediato de una menor a Hungría, que había sido denegada en primera instancia. Circunstancia que es importante clarificar por dos razones, primero porque el procedimiento de *exequátur* del Reglamento *Bruselas II bis* es simplificado, en otras palabras, *inaudita parte* –donde el juez español deniega la ejecutoria de la resolución húngara de restitución por falta de audiencia a la menor– en relación directa con lo establecido en el artículo 31, y la audiencia y contradicción se difiere a la fase de recurso –que es cuando el juez español concede la ejecutoria–. Y en segundo lugar, porque la actual regulación prevé la apreciación de la concurrencia de la violencia familiar como una excepción a la restitución del menor en el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya

⁹ *Vid.* Roj. SAP IB 1344/2017.

de 1980 por *grave riesgo*. Esto es, cuando el juez húngaro estaba conociendo de la solicitud de retorno inmediato de la menor, que pudo apreciarla o no. Supuesto que hubiera permitido, tanto el no retorno, como el *retorno seguro* de la menor garantizado mediante la adopción de medidas de protección.

2. Cuestiones planteadas

7. A la vista de lo expuesto, y dada la limitada extensión de este análisis, conviene clarificar algunas de las cuestiones que se plantean en este supuesto. A saber, y en primer lugar, la relación de complementariedad e interacción existente entre los distintos contextos normativos reguladores de la sustracción internacional de menores. En segundo lugar, conviene precisar el tratamiento que se da a la violencia familiar o doméstica en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores, con las distintas posibilidades que ofrece el marco normativo del Convenio de la Haya de 1980 –que puede determinar si el menor retorna o no–. Y, finalmente, interesa señalar algunos problemas que suscita el interés superior del menor en las ejecutorias relativas a órdenes de restitución de menores en aplicación del Reglamento *Bruselas II bis*, relativas a la audiencia del menor y las posibilidades de denegación de la ejecutoria.

II. La sustracción internacional de menores en la UE: un marco regulador poliédrico

8. En la regulación de la sustracción internacional de menores el instrumento más eficaz lo ha aportado el Derecho internacional privado en sede de cooperación judicial internacional a través del retorno inmediato del menor que establece el *Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*¹⁰. Este instrumento no opera aisladamente sino en función de complementariedad con otros¹¹ y esta interacción queda afectada específicamente por el Reglamento 2201/2003, *Bruselas II bis*, en relación con los traslados o retenciones considerados como ilícitos¹² denominados *intracomunitarios* –esto es, los efectuados entre Estados de la UE afectados por el Reglamento– y el *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*¹³. Finalmente, el *Capítulo IV bis* de la *Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*¹⁴, bajo

¹⁰ El Convenio de la Haya de 1980, *cit. supra*, entró en vigor el 1 de diciembre de 1983 y para España el 1 de noviembre de 1987 y a fecha de 1 de agosto de 2017 cuenta con 98 Estados parte del mismo. *Vid.* <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, consultado a 8 de enero de 2018.

¹¹ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, p. 354).

¹² El carácter ilícito del traslado o la retención se establece según el concepto del art. 2.11 Reglamento *Bruselas II bis*, en la línea del contenido en el art. 3 del CH 1980. Básicamente, consiste en el traslado o la retención ilícita de un menor por parte de uno de sus progenitores fuera del país donde reside habitualmente, impidiendo con ello el ejercicio del derecho de custodia o de visita del otro progenitor, que estaba siendo ejercido efectivamente antes de ese traslado o retención. En este sentido, *vid.* la sentencia del TJUE de 9 de octubre de 2014, en el Asunto C-376/14, *Mercredi*. *Vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp. 5-22.

¹³ El *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (Instrumento de ratificación publicado en BOE, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, pp. 99837-99868), entró en vigor de forma general el 1 de enero de 2002 y para España el 1 de enero de 2011, según el artículo 61.2.a). Instrumento de ratificación publicado en BOE, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, pp. 99837-99868. A fecha de 17 de octubre de 2017, cuenta con 47 Partes contratantes, *vid.* el estado de participación en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, consultado a 8 de enero de 2018. Este Convenio de la Conferencia de la Haya no contiene cláusula de adhesión para la Unión Europea, por lo que los Estados miembros debían ratificar el Convenio en nombre propio y de la Unión Europea, sobre estas circunstancias, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado comunitario”, A.M. BADÍA Y OTROS, *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*, Madrid, 2009, Vol. II, pp. 853 y ss., *vid.*, sobre todo, P. LAGARDE, *Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, Procedimientos de la Decimotava Sesión (1996), Tomo II, Protección de Menores, La Haya, SDU, 1998, pp. 535-605 y la *Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 19 de octubre de 1996*, 2017, disponible en www.hcch.net, consultado a 8 de enero de 2018.

¹⁴ Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la *Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria* (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, con corrección de errores en BOE, núm. 210, de 2 de septiembre de 2015).

la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en el artículo 778 *quáter*, *quinquies* y *sexties* operativo principalmente teniendo en cuenta que los procedimientos del Convenio de la Haya de 1980 se tramitan ante las autoridades de cada Estado contratante de acuerdo con sus procesos y normas internas.

9. El Reglamento *Bruselas II bis*, que se encuentra en proceso de reforma¹⁵, no sólo completa la regulación del Convenio de la Haya sino que la mejora. Así, introduce en materia de competencia judicial internacional foros de competencia que no existían sino implícitamente en el citado Convenio de la Haya. Asimismo, añade garantías procesales entre las que cabe destacar la audiencia del menor –artículo 11.2–¹⁶ y se mantiene el sistema de excepciones contenido en el Convenio con el objeto de denegar el retorno¹⁷. Precisamente, este ha sido un punto conflictivo en la aplicación de las normas del Convenio de la Haya donde se ejercitan tácticas dilatorias en el proceso¹⁸.

10. En relación directa y complementaria con lo anterior, deben considerarse las medidas urgentes de protección de menores que prevé el *Convenio de la Haya de 1996, sobre competencia, Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, siempre, claro está, de que se trate de Estados parte. Este Convenio complementa y refuerza¹⁹ al Convenio de la Haya de 1980²⁰ desde diferentes perspectivas y puede facilitar la restitución segura del niño cuando se ha opuesto la excepción de *grave riesgo*²¹.

11. Este panorama se completa, como se ha referido, con el procedimiento establecido por la LEC española en el *Capítulo IV bis* de la *Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*²², dentro de los procesos especiales matrimoniales y de menores. Básicamente, se dota de carácter contencioso al procedimiento que con anterioridad era voluntario y se añaden medidas procesales tendentes a la rapidez del procedimiento y la especialización de la jurisdicción. Con este objeto se prevé el carácter urgente y preferente del procedimiento, con un plazo máximo de seis semanas y otros plazos expeditivos. También cabe destacar especialmente, la garantía de la audiencia del menor²³ y la importancia de la cooperación judicial, concretamente, de las comunicaciones directas entre autoridades²⁴. Finalmente, resulta de gran importancia la concentración de la competencia en los Juzgados de primera instancia de familia de la circunscripción del menor objeto de traslado.

¹⁵ Con fecha de 30 de junio de 2016 se ha publicado en el DOUE la Propuesta de Reglamento de refundición del Reglamento *Bruselas II bis*, que, de llevarse a cabo, lo derogaría y sustituiría. La propuesta se basa, fundamentalmente, en tres objetivos. En primer lugar, aspira a mejorar la cooperación judicial entre Estados miembros. En segundo término, pretende reforzar el interés superior del menor en la restitución. Y finalmente, quiere mejorar la eficiencia de la restitución del menor a través de la elaboración de unas normas mínimas comunes y un procedimiento de ejecución uniforme. Vid. la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, Bruselas, 30 de junio de 2016, COM (2016) 411 final.

¹⁶ Vid. M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, ponencia presentada en las X Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad Complutense, 2007.

¹⁷ Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, 2004, pp. 80-115, esp. p. 101.

¹⁸ Vid. M. MOYA ESCUDERO, “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley*, D-17, 1998, p. 1781.

¹⁹ Vid. el *Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, de octubre de 2017, 28 pp., p.5.

²⁰ Vid. el *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños* de la Conferencia de Haya, 2014, disponible en www.hcch.net.

²¹ Vid. el *Proyecto de la Guía de Buenas...*, op. cit., esp. considerando 22 de la p. 5.

²² Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la *Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*.

²³ En relación con la audiencia del menor, vid. el artículo 778 *quinquies* 8 de la LEC.

²⁴ En efecto, el artículo 778 *quáter*, en el párrafo 7, de la LEC refiere específicamente el auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace. En este sentido, vid. la *Red Internacional de Jueces de La Haya* (RIJH) –www.hcch.net– y la *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil* (<https://e-justice.europa.eu>).

III. La incidencia de la violencia familiar o doméstica en el retorno del menor.

1. La excepción al retorno inmediato del menor por *grave riesgo* del artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya en relación con el Reglamento *Bruselas II bis*

12. El propio Convenio de la Haya de 1980, prevé excepciones al retorno del menor²⁵, concretamente, la establecida en el artículo 13.1.b) cuando el retorno le situara en una situación de *grave riesgo de ser objeto de un peligro físico o psíquico*. En estos casos, la persona que alega la excepción debe probarla y el juez, una vez acreditada, puede facultativamente apreciarla o no. Esta disposición siempre se ha considerado *muy delicada* por los expertos de la Comisión especial de la Conferencia de la Haya y ha sido objeto de interpretación restrictiva, si bien desde 2011 el debate se ha centrado en parte en las denuncias de violencia doméstica a los efectos de esta excepción. Esta es la situación en la que se ve envuelto un menor cuando existe violencia familiar o de género. Y ello incluye tanto la violencia familiar o doméstica ejercida contra el niño como víctima directa, como la violencia de género contra el cónyuge en la que el menor es víctima indirecta²⁶.

13. Sin embargo, la excepción de *grave riesgo* no se restringe exclusivamente a las denuncias por violencia doméstica sino que cubre una variedad de situaciones que pueden dar lugar a un grave riesgo de daño y que se rigen por las mismas reglas de la carga de la prueba²⁷. En este sentido, la parte que alega esta situación debe probarla²⁸, habitualmente el progenitor sustractor. De suerte que la contraparte, a su vez y si procede, también tiene la posibilidad de acreditar la inexistencia de la misma, por lo que el resultado dependerá en buena parte del éxito de la prueba. En consecuencia, *puede* que se deniegue el retorno del menor con base en esta excepción del Convenio que cubre los supuestos de violencia de género²⁹. Y es una posibilidad en tanto en cuanto, la acreditación de la situación de *grave riesgo* no implica automáticamente la no restitución, pues se trata de una potestad discrecional del juez competente³⁰. Éste, si considera que el Estado de la residencia habitual presta las garantías suficientes para combatir el riesgo grave, puede ordenar la restitución del menor –garantizada su audiencia según el artículo 11.2–, pero **no está obligado a ordenar la restitución**. Si el menor no retorna, el juez que dicta la resolución de no restitución está obligado a informar y a proveer de toda la documentación al órgano competente de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícitos en el plazo de un mes³¹. Este órgano, en un plazo de tres meses, si no se ha presentado todavía la demanda sobre la custodia, notificará a las partes indicándoles esta posibilidad³².

²⁵ El artículo 13.1.b) establece que “(b.) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un grave peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” como puede ser separar al menor de los hermanos.

²⁶ La violencia familiar o doméstica no se menciona expresamente ni en el Convenio, ni en el Informe explicativo, si bien la delegación británica subrayó la necesidad de incluir la mención “situación intolerable” para abarcar más allá de daño físico o psíquico. *Vid.* Anexo 3: *Dinámica de la violencia doméstica, normas internacionales relativas a la violencia doméstica y la violencia contra menores*, párrafo 4 y nota 4 del *Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas...*, *cit. supra*.

²⁷ *Vid.* el *Proyecto de la Guía de Buenas...*, *op. cit.*, esp. considerando 29 de la p. 8.

²⁸ *Vid.* E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, esp. párrafo núm. 114. Texto disponible en: <http://www.hcch.net>.

²⁹ Ya se ha señalado *supra* que, en 2015, las denegaciones judiciales supusieron un 15%. De éstas, la causa mayoritaria de la denegación fue, individual o combinadamente, el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya, que supuso un 26%. *Vid.* N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis...”, *op. cit.*, pp. 3 y 4. Ello no implica que pese a su carácter *mayoritario* no suponga más de un 4% del total de los casos de 2008, lo que subraya su carácter *excepcional*. *Vid.* el *Proyecto de la Guía de Buenas...*, *op. cit.*, esp. nota 3.

³⁰ El propio artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980 establece que la autoridad “no está obligada” a ordenar la restitución una vez probada la excepción.

³¹ *Vid.* el artículo 11.6 del Reglamento 2201/2003.

³² *Vid.* el artículo 11.7 del Reglamento 2201/2003. Asimismo, deben tenerse en cuenta, en este punto, las medidas para la aplicación del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, que contienen los párrafos 6 y 7 de la Disposición Final Vigésimo segunda de la LEC 1/2000 (redactada por la Disposición final Tercera de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria en el párrafo 19).

2. El *retorno seguro* del menor en los casos en que se invoca el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980: el Convenio de la Haya de 1996

14. El Reglamento *Bruselas II bis* ha perfilado, de forma complementaria al Convenio de la Haya de 1980, algunos aspectos (que afectan, como se ha precisado con anterioridad, a las situaciones *intracomunitarias*) que pueden abocar al juez a dictar la restitución del menor. En primer lugar, el artículo 11.4 del Reglamento dispone que **no se podrá denegar la restitución del menor** en aplicación del 13.1.b) “si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”³³. En segundo lugar, y según el artículo 11.5 del Reglamento, tampoco podrá denegar la restitución del menor si no se ha dado audiencia a la persona que solicitó la restitución. En consecuencia, se observa que el juez no está obligado a ordenar la restitución del menor, como se ha indicado *supra*, pero tampoco podrá denegarla bajo estas circunstancias.

15. De suerte que lo que se está planteando es el *retorno seguro* del menor. Esto es, los distintos supuestos en los que el menor acaba retornando cuando se ha alegado la excepción de *grave riesgo* del artículo 13.1.b). A tal fin, se establecen medidas de seguridad y prevención para que el retorno del menor se produzca sin exponerlo a situaciones de riesgo para él. A tal efecto, deben considerarse las medidas urgentes de protección de menores que prevé el *Convenio de la Haya de 1996, sobre competencia, Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, siempre, claro está, de que se trate de Estados parte. Este Convenio *complementa y refuerza* al Convenio de la Haya de 1980³⁴ desde diferentes perspectivas. En primer lugar, *puede facilitar* la restitución segura del niño cuando se ha opuesto la excepción de *grave riesgo*³⁵. Se trata de medidas provisionales de protección que reconocerá y cumplirá el juez de la residencia habitual del menor hasta el momento en el que se obtenga una resolución sobre el fondo del asunto. Es importante tener en cuenta que en los casos de *retorno seguro* del menor, éste no necesariamente vuelve con el progenitor que ha sido acusado de violencia de género. De suerte que el Convenio no precisa a quién debe ser restituido el menor ni que deba realizarse al progenitor privado del mismo y el cuidado del menor restituido lo dictamina la autoridad competente del Estado de residencia habitual conforme a la ley aplicable a la custodia³⁶. En estos casos y con base en la cooperación judicial internacional, el juez debe averiguar si las medidas de protección del menor (y/o sustractor) adoptadas por el juez requerido, son susceptibles de reconocimiento y ejecución en el Estado requirente³⁷. No se precisa qué medidas, bajo un concepto funcional, y tendrá que valorarse *ex casu* la urgencia por las autoridades competentes, *ad ex*. custodia provisoria o impedimento de contacto³⁸. En segundo lugar, el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1996 también puede *proporcionar un fundamento* para que las autoridades competentes para la restitución dicten órdenes de visitas/contactos provisionales, a la espera de que las ordene el Estado de residencia habitual del menor que decide sobre la cuestión de fondo de la custodia³⁹. Finalmente, también es posible realizar un seguimiento de la situación del menor y su protección tras la restitución en función del artículo 32 del Convenio de la Haya de 1996⁴⁰.

³³ En la *Propuesta de reforma del Reglamento Bruselas II bis* se amplía esta disposición haciendo referencia expresa a la cooperación judicial con la autoridad competente del juez de la residencia habitual del menor y establece que adoptará medidas provisionales y cautelares. *Vid.* el artículo 25.1 de la Propuesta.

³⁴ *Vid.* el *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños* de la Conferencia de Haya, 2014, en www.hcch.net.

³⁵ *Vid.* el *Proyecto de la Guía de Buenas...*, *op. cit.*, esp. considerando 22 de la p. 5.

³⁶ *Vid.* el *Proyecto de la Guía de Buenas...*, *op. cit.*, esp. Considerando 40 de la p. 10.

³⁷ Teniendo en cuenta que los compromisos voluntarios no son eficaces en los supuestos de violencia doméstica o familiar, en este punto, surgen los problemas relativos a las medidas de protección adoptadas en el otro Estado a través de órdenes espejo o *de puerto seguro* –*Safe Harbour*–, más propias de los sistemas de *common law*, si bien el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1996 establece el mecanismo para solucionar el problema. A tal efecto, el artículo 11 prevé una norma de competencia del juez de situación del menor o sus bienes para dictar medidas de protección del menor en casos de urgencia que son reconocidas y pueden declararse ejecutorias en el Estado de restitución hasta que el Estado de residencia habitual del menor tome sus propias medidas.

³⁸ *Vid.* la *Nota explicativa sobre...*, *op. cit.*, *supra*, p. 6.

³⁹ *Vid.* la *Nota explicativa sobre...*, *op. cit.*, *supra*, pp. 15 y 16.

⁴⁰ En caso de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis* o de Convenio internacional, para la restitución y/o retorno de un menor al país de residencia habitual cuando éste se encuentre en España, deben tenerse en cuenta las medidas previstas

IV. Algunos aspectos sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones relativas a la restitución de menores

16. El Reglamento *Bruselas II bis* establece dos modalidades de reconocimiento y declaración de ejecutividad respecto a las resoluciones relativas al retorno de menores: el general y el particular o específico⁴¹. El general, previsto en el artículo 21.3 del Reglamento contempla el reconocimiento automático y un procedimiento de declaración de ejecutividad o *exequátur* abreviado. El especial, previsto en el artículo 11.8 –norma calificada de polémica y discutible⁴²– en relación con el artículo 42.1, establece la eliminación del *exequátur* para determinadas decisiones en materia de sustracción de menores (aquellas a las que precede una decisión de no retorno dictada en aplicación del Convenio de la Haya de 1980) –así como para las decisiones sobre derechos de visita–. Se trata de resoluciones que refuerzan la posición del juez de origen⁴³, para las que el Reglamento prevé el denominado “mecanismo de prevalencia”⁴⁴. Y lo determinante es que esta decisión es ejecutable sin necesidad de *exequátur*⁴⁵, en las condiciones de certificación del artículo 42 del Reglamento y sin que su reconocimiento o fuerza ejecutiva puedan ser impugnadas⁴⁶. El juez de origen que procede a la certificación debe comprobar, como requisito para su expedición, que el certificado contiene las *razones y pruebas*⁴⁷ en las que se fundamenta, según el artículo 42.2.c) del Reglamento, además de la audiencia del menor⁴⁸ y de las partes. Una vez emitido el certificado, ya no se pueden impugnar ni el reconocimiento ni la expedición del certificado en el Estado requerido, correspondiendo al Derecho interno del Estado de origen la posible rectificación del mismo⁴⁹. La reforma española ha contemplado una serie de medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento *Bruselas II bis*⁵⁰. Por su parte, la Propuesta de reforma del Reglamento mantiene el carácter ejecutorio del mecanismo de prevalencia aunque parece suavizar el automatismo al garantizar la audiencia del menor y la valoración del interés superior del menor, de modo que podría denegarse la ejecutoria

en los artículos 778 *quáter* y *quinquies* 778 para la restitución, y 778 *sexies* para el retorno, del *Capítulo IV bis* de la LEC 1/2000. En el contexto regulador estatal español conviene mencionar, en materia de protección de menores, la reforma de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁴¹ Vid. C. ESPLUGUES MOTA-J.L. IGLESIAS BUHIGUES-G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 11 ed., Valencia Tirant lo Blanch, 2017, p. 422.

⁴² Si el menor es restituido a España como su lugar de residencia habitual, las medidas adoptadas por el juez del Estado de refugio para su retorno se rigen por las normas internas de este último, por lo que la cooperación judicial entre autoridades resulta clave (vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Traslado o retención...”, *op. cit.*, p. 352).

⁴³ Debe señalarse que el TJUE ha establecido que no se puede solicitar el no reconocimiento de una resolución de restitución del artículo 11.8, certificada según el artículo 42. Vid. la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Rinau*.

⁴⁴ El “mecanismo de prevalencia” supone un complemento al Convenio de la Haya de 1980. La propia Propuesta de Reforma del Reglamento afirma el posible efecto disuasorio sobre los progenitores potencialmente sustractores. También establece el procedimiento cuando se dicte una resolución de no restitución con base en el artículo 13 del Convenio de la Haya. Vid. la *Propuesta de Reglamento...*, *op. cit.*, esp. p. 4.

⁴⁵ Vid. el artículo 11.8 del Reglamento 2201/2003.

⁴⁶ Vid. C. ESPLUGUES MOTA-J.L. IGLESIAS BUHIGUES-G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 415.

⁴⁷ En materia probatoria hay que estar a lo establecido en el artículo 778 *quinquies* de la LEC que, en el párrafo 7 *in fine*, incluye tanto las pruebas presentadas a instancia de parte, como por el juez o el Ministerio Fiscal, en un plazo improrrogable de seis días y realizadas urgente y preferentemente a cualquier otro procedimiento.

⁴⁸ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento de menores dentro de la UE. Supresión del *exequátur* y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, núm. 7578, 28 de febrero de 2011.

⁴⁹ Vid. el artículo 43.1 y 2 del Reglamento 2201/2003.

⁵⁰ Vid. la *Disposición final vigésima segunda* de la LEC –introducida por la *Disposición final tercera*, punto 19, de la *Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria*– bajo la rúbrica “Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) nº 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”. Especialmente sus apartados 3 a 5, respecto a la expedición de la certificación judicial sobre la restitución del menor y su rectificación y los apartados 6 y 7 en relación con aspectos relativos al artículo 11.6 y 7 del Reglamento *Bruselas II bis*.

si resultaría contraria al orden público en relación con el interés superior del menor⁵¹, bajo un cambio de circunstancias y por oposición del mismo⁵².

17. Conviene señalar que el carácter ejecutorio de estas resoluciones de restitución del menor ha constituido un elemento sumamente conflictivo en la práctica, hasta el punto de que son “raramente ejecutadas”⁵³, pese a que, tanto la Propuesta de reforma del Reglamento, como la jurisprudencia del TJUE lo avala⁵⁴. En este sentido, el juez requerido para la ejecución no podrá oponerse a la misma por vulneración del artículo 42 del Reglamento en aplicación del artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en tanto en cuanto la apreciación de esta vulneración compete al juez de origen⁵⁵. En estos casos, pueden dictarse estas medidas, que se precisarán en el certificado⁵⁶ de protección del menor que garantizan su *retorno seguro* en los procedimientos de *prevalencia* del artículo 11.8 del Reglamento *Bruselas II bis*⁵⁷.

18. Finalmente, en relación con la eficacia extraterritorial de resoluciones en esta materia, cabe destacar dos cuestiones de la Propuesta de reforma del Reglamento. En primer término, el establecimiento de unas normas mínimas de audiencia al menor, en relación con el *exequátur* y con especificación de la edad mínima del menor para su comparecencia. Y, en segundo lugar, debe señalarse la propuesta de la supresión del *exequátur* para todas las resoluciones, documentos y acuerdos sobre responsabilidad parental. Y ello porque la práctica demuestra un coste medio de 4000 euros y varios meses en la aplicación del modelo vigente y pese a que en la práctica parece que la tendencia a la dilación en la tramitación de los procesos de sustracción internacional de menores ha desviado la originaria finalidad restitutiva del Convenio de la Haya de 1980 en procesos valorativos sobre el fondo del asunto. En cualquier caso, y frente a la consolidación de la inmediatez del retorno en el modelo del Reglamento, de la Propuesta de reforma introduce modificaciones sustanciales en materia de causas denegatorias de la ejecutoria⁵⁸.

V. Conclusiones

19. La interacción entre los regímenes convencional, institucional y estatal en este caso es complementaria y cooperativa. El retorno inmediato del menor que introduce el Convenio de la Haya de 1980 y que actualmente cuenta con 98 Estados parte, requiere de las medidas de protección del convenio de la Haya de 1996 y se canaliza por los procedimientos internos de cada Estado parte (la LEC en

⁵¹ Tampoco puede denegarse la ejecución de una resolución de retorno del 11.8 por una modificación posterior de las circunstancias que implique que la ejecución perjudica el interés superior del menor. En estos casos, deberá presentarse una demanda de suspensión de ejecución ante el juez de origen de la certificación, que es ante quien debe alegarse dicha modificación. Vid. la sentencia del TJUE, de 1 de julio de 2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, en relación con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH), de 18 de junio de 2013, en el asunto *Povse*.

⁵² En este sentido, vid. el artículo 26, apartado 4, segundo párrafo, de la Propuesta.

⁵³ Vid. P. BEAUMONT Y OTROS, “Conflicts of EU Courts in Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU”, *Journal of Private International Law*, Volume 12, 2016, Issue 2 pp. 211-260, esp. p. 259.

⁵⁴ Vid. el artículo 26 *in fine* de la Propuesta de Reglamento, cit. *supra*, y las sentencias del TJUE, de 1 de julio de 2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse* y de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*.

⁵⁵ Vid. la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*.

⁵⁶ Vid. el artículo 42.2.c), segundo párrafo, del Reglamento 2201/2003.

⁵⁷ Vid. la Propuesta de Reglamento..., op. cit. *supra*, esp. p.15. En relación con la vinculación entre el retorno del menor y el fondo de la cuestión, vid. la sentencia del TJUE, de 9 de enero de 2015, en el asunto C-498/14, *Bradbrooke*, conforme a la que la aplicación del artículo 11.7 y 8 del Reglamento 2201/2003, no se opone a que se otorgue la competencia en materia de restitución o custodia a un órgano especializado, incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca por su parte de un procedimiento sobre el fondo. Asimismo, también vid. la sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-296/10, *Purrucker* que no excluye la vinculación entre procedimientos de medidas cautelares vinculados a demandas sobre el fondo del asunto, siempre que el Derecho interno del Estado miembro lo permita. En este sentido, al hilo del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, el TC español, en la sentencia 16/2016, de 1 de febrero de 2016, opta por un análisis de fondo de la cuestión en relación con la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con base en la jurisprudencia del TEDDHH.

⁵⁸ En este sentido, vid. las causas de denegación del reconocimiento del artículo 38 y las causas de denegación de la ejecución del artículo 40 de la Propuesta.

España) y, en caso de que el traslado o la retención sean *intracomunitarios*, se añade lo establecido a tal efecto por el Reglamento *Bruselas II bis*. Sin embargo, no todo son luces en el análisis del Reglamento, pues, pese a todo, no se ha podido garantizar en la práctica la audiencia del menor en un modelo en el que en ocasiones el retorno inmediato opera con cierto automatismo.

20. Este marco regulador del retorno del menor en los casos de sustracción internacional de menores *intracomunitarios* prevé y articula la violencia de género en el marco de la violencia doméstica o familiar de la que puede ser víctima directa o indirectamente el o los menores. El Convenio de la Haya de 1980 acoge la excepción del retorno del menor por *grave riesgo* psíquico o físico en el artículo 13.1.b). La excepción debe interpretarse restrictivamente y se configura como una potestad discrecional para el juez del traslado una vez probada la situación de grave riesgo para el menor por la parte que la alega, habitualmente el progenitor sustractor. Así, acreditado el grave riesgo, el órgano competente puede acoger o rechazar facultativamente la excepción. En la primera hipótesis –el menor no retorna– y se queda a la espera de una decisión sobre el fondo del asunto –la custodia– por parte de otro juez, el de la residencia habitual del menor, que a su vez podría dictar una segunda orden de restitución que sería ejecutoria. Esta primera hipótesis plantea básicamente dos dificultades, la primera es la interpretación restrictiva por el hecho de tratarse de una excepción (cuando lo que está en juego es la integridad física y/o psíquica del menor). Y la segunda, es el riesgo que plantea el carácter ejecutorio de la segunda decisión de retorno, automático, por certificación, que de nuevo, no permite la valoración de circunstancias que podrían poner en peligro el interés superior del menor.

21. La segunda hipótesis supone la excepción de la excepción: se alega el artículo 13.1.b) y el juez dicta la restitución del menor. Bien porque rechaza la excepción, cuya naturaleza es facultativa, bien porque no puede denegar la restitución en dos casos. El primero, cuando se acredita que existen garantías suficientes para un retorno seguro del menor y, el segundo, cuando no se ha dado audiencia a la persona que solicitó la restitución. Si el juez dicta la restitución del menor deberá garantizar el *retorno seguro* del mismo, dictando las medidas de protección oportunas en relación directa con lo establecido en el Convenio de la Haya de 1996 y en las legislaciones estatales. Concretamente en el Capítulo IV bis de la LEC española, razón por la que la cooperación judicial internacional y la adopción de medidas provisionales, incluidas las cautelares, resultarán clave.

22. En sede de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras, conviene señalar algunos problemas que suscita el interés superior del menor en las ejecutorias relativas a órdenes de restitución de menores en aplicación del Reglamento *Bruselas II bis*, relativas a la audiencia del menor y las posibilidades de denegación de la ejecutoria. En primer lugar, porque el procedimiento abreviado de *exequátur* para las decisiones *ordinarias* –modalidad general– de retorno es simplificado o *abreviado*, en el sentido de *inaudita parte*, cuando resulta que el caballo de batalla es la audiencia del menor. Y, en segundo lugar, porque las decisiones de retorno *extraordinarias* (del artículo 11.8 del Reglamento, esto es, aquellas resoluciones de retorno a las que precede otra de no retorno en aplicación del Convenio de la Haya de 1980) plantean la inmediatez del retorno con un automatismo excesivamente rígido para el interés superior del menor.

23. En definitiva, la cuestión es si esta cobertura legal puede llegar a ser suficiente si los Estados parte desarrollan mecanismos de protección contra la violencia de género y familiar más eficaces. O si, quizá, debieran desarrollarse determinados Protocolos específicos para los casos de sustracción internacional de menores cuando concurre violencia de género o familiar. La ponderación del interés superior de menor –cuando concurre violencia de género– frente al retorno inmediato del mismo puede dar lugar a un conflicto de intereses que quizá requiera de una flexibilización del modelo existente en aras a una más efectiva protección del menor frente a cualquier modalidad de maltrato.

APLICACIÓN DEL FORO DEL ARTÍCULO 5.3
DEL REGLAMENTO 44/2001 EN CASOS DE VÍCTIMAS
INDIRECTAS. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA,
21 DICIEMBRE 2016, CONCURRENCE, C-618/15

RULE OF JURISDICTION OF ARTICLE 5.3 REGULATION
44/2001 IN CASES OF INDIRECT VICTIMS. COMMENTARY
OF JUDGMENT OF THE COURT, 21 DECEMBER 2016,
CONCURRENCE, C-618/15

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 29.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4143>

Resumen: En esta sentencia, el Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial planteada por la Cour de Cassation francesa, en relación con un litigio surgido de un contrato de distribución selectiva entre Samsung y la empresa francesa distribuidora Concurrence. En virtud de este contrato, Concurrence sólo podía revender los productos ELITE de Samsung a través de su tienda física, no mediante su página web. La empresa distribuidora infringe esta cláusula y comercializa los productos vía on line. Ante este incumplimiento contractual, Samsung rescinde el contrato y Concurrence demanda a la empresa proveedora porque, según dice, Amazon también vende esos productos de Samsung en su página web, con su consentimiento. También solicita que Amazon cese en su comportamiento por el perjuicio que le ocasionan sus ventas on line. La cuestión prejudicial se plantea entorno a esta última acción de cesación planteada por Concurrence contra Amazon Reino Unido, Amazon Alemania, Amazon España y Amazon Italia. El Tribunal de Justicia considera que los tribunales franceses deben ser competentes por el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 –actual artículo 7.2 del Reglamento 12125/2012–, si en Francia la empresa Concurrence ha sufrido daño debido a las reventas realizadas por Amazon a través de esas páginas web ubicadas fuera de Francia. En este caso, siendo el demandado Amazon Reino Unido, Amazon Alemania, Amazon España y Amazon Italia, ni por el domicilio del mismo ni por el lugar del hecho ilícito, los jueces franceses podrían ser competentes, sólo podrían serlo por el lugar del daño.

Nosotros entendemos que Concurrence es una víctima indirecta del comportamiento de Amazon y que, por lo tanto, no se puede aplicar el foro del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 –actual artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012– en este caso.

Palabras clave: contrato de distribución selectiva, prohibición de reventa on line, foro especial en materia delictual, víctima indirecta.

Abstract: In this judgment, the Court answers to a prejudicial question held by French Cour of Cassation, regarding to a litigation on a selective distribution agreement between Samsung and Concurrence. This contract disposes that Concurrence only can resell the Samsung ELITE products through

its physical store, and not on its webpage. The distribution company breaches this provision and commercializes the products on line. For this reason, Samsung ends their relationship and Concurrency brings an action against it because it says that Amazon also sells these products of Samsung on its webpage. In addition, Concurrency sues Amazon to withdraw the sales of these products because of the damage suffered for them. The prejudicial question is regarding this action for an injunction prohibiting unlawful interference, between Concurrency and Amazon United Kingdom, Amazon Germany, Amazon Spain and Amazon Italy. The Court considers the French jurisdiction has to apply the rule of article 5.3 Regulation 44/2001 –article 7.2 Regulation 1215/2012–, in case of there are damages suffered by Concurrency in France due to sales of Amazon on these webpages situated out of France. Following the Court, in this situation, as the defendant would be Amazon United Kingdom, Amazon Germany, Amazon Spain and Amazon Italy, the French jurisdiction couldn't be competent by domicile of defendant neither by place where harmful event occurred. It only could be competent by the place of occurred damage.

We consider that Concurrency is a indirect victim and, so that, couldn't apply the article 5.3 Regulation 44/2001 –article 7.2 Regulation 1215/2012– in this case.

Keywords: Selective distribution agreement, Prohibition on online resale, Tort, delict or quasi-delict rule of jurisdiction, indirect victim.

Sumario: I. Hechos del caso. II. Cuestión prejudicial planteada. 1. Ley aplicable. 2. Competencia judicial internacional. A. Materia delictual o cuasidelictual. B. Interpretación del foro especial. C. Cuestión prejudicial. III. Respuesta del Tribunal de Justicia. IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. La sentencia objeto de comentario es la respuesta del Tribunal de Justicia a una cuestión prejudicial planteada por la Cour de Cassation francesa sobre la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 –Reglamento Bruselas I–¹. Este texto europeo ha sido sustituido por el actual Reglamento 1215/2012 –Reglamento Bruselas I bis–². No obstante, el artículo 7.2 de Bruselas I bis tiene un contenido similar al del precepto 5.3 del Reglamento 44, por lo tanto, la jurisprudencia recogida en esta sentencia sobre este artículo puede ser extrapolada al Reglamento 1215/2012.

2. Los hechos objeto del litigio tienen su origen en una relación contractual que une a Concurrency SARL –Concurrency, en adelante– y a Samsung Electronics France SAS –Samsung, en adelante–. En virtud de la misma, Concurrency, empresa con domicilio social en Francia, se compromete a distribuir productos de la gama alta de Samsung, productos ELITE, desde su establecimiento físico situado en París. En el contrato de distribución selectiva, concluido por ambas compañías, se prohíbe que Concurrency venda los productos de Samsung a través de Internet.

3. Pese a la prohibición anterior, la empresa distribuidora vende en su página web los productos objeto del contrato. Por esta razón, Samsung pone fin a su relación con Concurrency. La compañía distribuidora, entonces, demanda a Samsung alegando que Amazon también vende los productos en cuestión en sus sitios web de Francia, Reino Unido, Alemania, España e Italia, y Samsung nunca se ha opuesto a ello. También demanda a Amazon solicitando que deje de vender esos productos electrónicos de la gama ELITE de Samsung.

4. El litigio entre Concurrency y Samsung es interno, puesto que ambas compañías tienen domicilio social en Francia y el contrato que las une debe ejecutarse en este país. Sin embargo, desde el

¹ 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, DOCE L12, de 16 enero 2001, pp. 1-23

² 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 L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

momento en que entra en juego Amazon, la relación objeto de la controversia se convierte en internacional. Precisamente, esta es la razón por la que el Tribunal de Commerce de Paris, primero, y la Cour d'Appel de Paris, después, se declaran incompetentes en relación con la demanda contra los sitios web de Amazon que operan fuera de Francia.

5. Planteado recurso de casación ante la Cour de Cassation francesa, Concurrence alega que la Cour de'Appel de Paris no ha tenido en cuenta si los productos vendidos en los sitios web de Amazon ubicados fuera de Francia pueden ser expedidos en este país, circunstancia esta que, según ella, si concurren, haría competentes a los tribunales franceses al respecto. En este contexto, la Cour de Cassation francesa plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea preguntando si el criterio de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 debe tener en cuenta sólo el lugar de accesibilidad a la página o, quizá, también, algún otro factor de conexión.

El precepto 5.3 del Reglamento 44/2001, que tiene un tenor similar al del artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012, se expresa en los siguientes términos:

“Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: (3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”.

II. Cuestión prejudicial planteada

1. Ley aplicable

6. La relación contractual objeto del litigio, en lo que a ley aplicable se refiere, tendría un comentario muy extenso e interesante. En efecto, se trata de un contrato de distribución selectiva en el que hay una cláusula, según la cual, se prohíbe la reventa de los productos vía on line. Este tipo de contratos de distribución y este tipo de disposiciones contractuales están reguladas por el Derecho de la competencia, europeo y nacional³.

7. En este sentido, merece la pena mencionar la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2017, en el asunto Coty Germany contra Parfümerie Akzente⁴. En este supuesto, el órgano jurisdiccional europeo responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Frankfurt, relacionada con la validez de una cláusula que aparece en el contrato de distribución selectiva que une al proveedor Coty y al distribuidor Parfümerie Akzente, en virtud de la cual, este último no puede vender los productos de lujo suministrados por el primero en plataformas de internet de terceros.

En el caso en cuestión, el distribuidor sí podía revender los productos objeto del contrato a través de su página web, pero no podía hacerlo en plataformas de terceros. El factor determinante que lleva al Tribunal europeo a considerar válida dicha cláusula, teniendo en cuenta las normas de Derecho europeo de la competencia, el Reglamento 330/2010 en concreto, es la característica de *producto de lujo* de los artículos objeto de comercialización, que justifica que se pueda incluir en el contrato de distribución este tipo de restricción respecto de los mismos.

8. En otra sentencia, bajo la aplicación del anterior Reglamento de restricciones verticales, el 2790/1999, el Tribunal de Justicia, en relación con un contrato de distribución selectiva de productos

³ El Derecho europeo en esta materia sería el Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L102, de 23 abril 2010, pp. 1-7) y las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (DOUE C130, de 19 mayo 2010, pp. 1-46).

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 6 de diciembre de 2017, Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH, C230/16, ECLI:EU:C:2017:941

cosméticos y de higiene corporal, en el cual se prohibía la reventa de los mismos en Internet, consideró que esta prohibición constituía una restricción por objeto impedida por el artículo 101.1 TFUE⁵. En efecto, según el órgano jurisdiccional de Luxemburgo, el tipo de producto objeto de la distribución, en este caso, no requiere que su venta tenga que realizarse exclusivamente en un establecimiento físico y por parte de un licenciado en farmacia, por lo tanto, la prohibición de la distribución on line restringe la competencia de forma grave y no debe ser permitida.

9. En el supuesto objeto de estudio, no estaría justificada la prohibición a Concurrence de vender los productos ELITE de Samsung a través de Internet, cuando existen plataformas, como Amazon, que lo hacen. Por lo tanto, y sin entrar en la parte de Derecho aplicable, el hecho de que los productos sean de lujo no justificaría esa prohibición desde el momento en que plataformas on line de terceros los ofrecen y Samsung no ha manifestado ningún tipo de oposición al respecto.

En la sentencia comentada se plantea una cuestión relativa a competencia judicial internacional, no a Derecho aplicable. El órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda deberá determinar, primero, si tiene competencia judicial internacional para, después, si la tiene, identificar la ley rectora y aplicarla. Pues bien, el Tribunal de Justicia, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada, únicamente trata el problema de la competencia judicial internacional. Y es, precisamente, en este sector del Derecho Internacional Privado en el que tenemos que centrarnos a la hora de realizar este análisis.

2. Competencia judicial internacional

10. Como acabamos de mencionar, la cuestión prejudicial planteada es en relación con la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. Este precepto se ocupa de regular el foro especial en materia delictual o cuasidelictual, indicando que los tribunales competentes serán los del lugar del hecho dañoso.

A. Materia delictual o cuasidelictual

11. Lo primero que debe definirse es la materia objeto del litigio, para comprobar que el foro adecuado, a utilizar por el órgano jurisdiccional, es el que se encuentra en este precepto 5.3 del Reglamento 44/2001.

12. A este respecto, la relación jurídica que da origen al litigio no puede ser considerada contractual, puesto que se trata de una reclamación que interpone Concurrence frente a Amazon y a estas dos compañías no les une ningún vínculo o compromiso, contractual o no. Realmente lo que pide Concurrence es responsabilidad a Amazon por haber incumplido la prohibición de vender fuera de la red de distribución selectiva y haberle ocasionado un perjuicio por ello (apartados 23 y 24).

13. Desarrollemos, pues, si debe considerarse una cuestión de responsabilidad extracontractual a estos efectos. El término *materia delictual o cuasidelictual*, que utiliza el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, se define de forma autónoma, en el marco del anterior Convenio de Bruselas de 1968, del mismo Reglamento 44/2001 y del actual Reglamento 1215/52012, como el “*concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5*”⁶. Por tanto, la definición de

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, C439/09, ECLI:EU:C:2011:649

⁶ Reglamento (CE) N° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOCE L336, de 29 diciembre 1999, pp. 21-25.

⁶ STJCE de 27 septiembre de 1988, *Kalfelis*, asunto 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, ECLI:EU:C:1988:459, apartado 18.

⁶ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L299, de 31 diciembre 1972, pp. 32-42.

la materia objeto del foro especial del artículo 5.3 de Bruselas I se ha creado por exclusión, en sentido negativo, indicando que la materia delictual o cuasidelictual –o extracontractual– es aquella que no es materia contractual⁷.

Veamos, entonces, qué es *materia contractual*. También debe ser un concepto autónomo, propio del Reglamento 44/2001 –ahora Reglamento 1215/2012– y común para todos los Estados parte del mismo⁸. El Tribunal de Justicia no lo ha definido por el momento, no obstante, lo que sí ha hecho es descartar que determinadas relaciones puedan ser consideradas como contractuales. Así, el órgano judicial europeo entiende que aquellas situaciones en las que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, no pueden ser incluidas en la materia contractual a efectos de la determinación del foro de competencia⁹. Por tanto, debe entenderse que las relaciones voluntarias entre las partes se encuentran englobadas en el concepto *materia contractual* a estos efectos. Entre los litigios que constituyen materia delictual se encuentran los de responsabilidad derivada de daños a terceros¹⁰; categoría en la que podría ubicarse nuestro caso.

14. Concluimos, por tanto, que nuestro supuesto puede ser considerado *materia delictual o cuasidelictual*, ya que, entre los litigios que constituyen materia delictual se encuentran los de responsabilidad derivada de daños a terceros¹¹; categoría en la que podría ubicarse nuestro caso.

B. Interpretación del foro especial

15. Una vez clasificado nuestro litigio dentro de la materia delictual o cuasidelictual, hay que tener en cuenta, también, que el domicilio del demandado es el foro general y que los demás foros, sobre todo los foros especiales, deben ser interpretados de manera estricta porque constituyen excepciones al primero.

Así lo indica el Tribunal de Justicia en varias sentencias, entre otras, en el caso *Handte*, en el que el órgano jurisdiccional afirma que, “*De este modo, las reglas de competencia especiales o exclusivas y las relativas a la prórroga de la competencia constituyen excepciones al principio general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en cuyo territorio esté domiciliado el demandado, como lo establece el párrafo primero del artículo 2. El carácter de principio general que reviste esta regla de competencia se explica por el hecho de que, en principio, permite al demandado defenderse más fácilmente. En consecuencia, las reglas de competencia que constituyen excepciones a este principio general no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados por el Convenio* (apartado 14). Refiriéndose a los foros especiales, el Tribunal de Luxemburgo indica en la sentencia del caso *Kalfelis* –y confirma en numerosas sentencias posteriores– que, “*Con respecto a la segunda parte de la cuestión, hay que observar, como hemos recordado anteriormente, que las “competencias especiales” enumeradas en los artículos 5 y 6 del Convenio constituyen excepciones*

⁷ STJUE 18 julio 2013, *Öfab*, C147/12, EU:C:2013:490, apartado 32; STJUE 21 enero 2016, *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic*, C359/14 y C475/14, EU:C:2016:40, apartado 45; STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 37.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 1424-1425; P. MANKOWSKI, “D. Special jurisdiction in tort, art. 5(3)” en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Otto Schmidt, 2012, pp. 231-232; P. MANKOWSKI, “III. Special jurisdiction in tort, art. 7(2)” en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Otto Schmidt, 2016, p. 268

⁹ STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, asunto 34/82, *Rec.* 1983, p. 00987, ECLI:EU:C:1983:87, apartado 9; STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, asunto 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539, ECLI:EU:C:1988:127, apartado 10; STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, asunto 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, ECLI:EU:C:1988:459, apartado 10

¹⁰ STJCE 17 junio 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.* 1992, p. I-03967, ECLI:EU:C:1992:268, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Rèunion*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. I-06511, ECLI:EU:C:1998:509, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.* 2002, p. I-07357, ECLI:EU:C:2002:499, apartado 23; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, C-265/02, *Rec.* 2004, p. I-01543, ECLI:EU:C:2004:77, apartado 24; STJUE 17 octubre 2013, *OTP Bank*, C-519/12, ECLI:EU:C:2013:674, apartado 23; STJUE 21 abril 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286, apartado 35.

¹¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1425.

¹² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1425.

*al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del demandado, que deben interpretarse en sentido estricto [...]*¹².

C. Cuestión prejudicial

16. La cuestión planteada en relación con el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 es si el *lugar del hecho dañoso*, como foro de competencia, puede ser interpretado, en este caso, no solo como el país de origen del sitio web en cuestión sino, también, teniendo en cuenta algún otro factor de conexión que justifique la competencia. Ese otro factor de conexión podría ser el que alega Concurrance, cual es, el lugar donde se pueden expedir los productos comprados, que puede ser aquel Estado de origen del sitio web o cualquier otro Estado miembro, como Francia. En este último caso, que los sitios web de Amazon de Gran Bretaña, Alemania, España o Italia expidan en Francia los productos comprados por clientes franceses, podría permitir que los órganos jurisdiccionales franceses pudieran conocer del asunto, según afirma Concurrance.

17. Otra cuestión que debería plantearse, respecto del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 o del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, es si la acción de cesación que solicita la demandante podría articularse en su marco. Pues bien, respondiendo a la pregunta, el foro en materia delictual o cuasidelictual de ambos textos normativos es muy amplio y permite que el órgano jurisdiccional lo utilice para declararse competente en estos casos¹³.

III. Respuesta del Tribunal de Justicia

18. En primer lugar, el órgano jurisdiccional europeo reitera que el foro especial del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, en ilícitos a distancia, se interpreta considerando que el lugar del hecho dañoso puede ser, también, el lugar del daño¹⁴. Recordemos que el hecho dañoso es el hecho que provoca el daño, el que causa el perjuicio¹⁵. En estos casos, esto es, cuando el hecho ilícito se produce en un país y el daño se verifica en otro, será el demandante quien opte por acudir a los tribunales de cualquiera de los dos Estados afectados¹⁶.

¹² STJCE de 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, ECLI:EU:C:1988:459, apartado 19. En este sentido, también, STJCE de 15 febrero 1989, *Six Constructions*, 32/88, *Rec.* 1989, p. 341, ECLI:EU:C:1989:68, apartado 18; STJCE de 17 junio 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.* 1992, p. I-03967, ECLI:EU:C:1992:268, apartado 14; STJCE de 15 enero 2004, *Bayern*, C-433/01, *Rec.* 2004, p. I-00981, ECLI:EU:C:2004:21, apartado 25; STJCE de 10 junio 2004, *Kronhofer*, C-168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, ECLI:EU:C:2004:364, apartado 14; STJCE de 28 septiembre 1999, *Groupe Concorde*, C-440/97, *Rec.* 1999, p. I-06307, ECLI:EU:C:1999:456, apartado 24; STJCE de 19 febrero 2002, *Besix*, C-256/00, *Rec.* 2001, p. I-01699, ECLI:EU:C:2002:99, apartado 26; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, C-265/02, *Rec.* 2004, p. I-01543, ECLI:EU:C:2004:77, apartado 23; STJCE de 1 marzo 2005, *Owusu*, C-281/02, *Rec.* 2005, p. I-01383, ECLI:EU:C:2005:120, apartado 40; STJUE 16 mayo 2013, *Melzer*, C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 24; STJUE 5 junio 2014, *Coty*, C-360/12, ECLI:EU:C:2014:1318, apartado 45. Estas dos últimas resoluciones aluden al carácter estricto que debe tener la interpretación del foro especial, para que sólo se aplique a los supuestos explícitamente contemplados por la norma.

¹³ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1426.

¹⁴ *Vid.*, por todas, la primera STJUE en la que se recoge esta jurisprudencia, STJCE de 30 noviembre de 1976, *Mines de potasse d’Alsace*, asunto 21/76, *Rec.*, 1976, p. 01735, ECLI:EU:C:1976:166, apartado 24: “en el caso de que el lugar donde se origina el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual y el lugar en que este hecho haya ocasionado un daño no sean idénticos, la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” del número 3 del artículo 5 del Convenio debe entenderse en el sentido de que se refiere al mismo tiempo al lugar donde ha sobrevenido el daño y al lugar del hecho causante”. La razón de ello la explica el Tribunal de Justicia en el apartado 20 en estos términos: “*que esta conclusión queda confirmada por la consideración de que, por una parte, elegir únicamente el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el artículo 2 y el número 3 del artículo 5 del Convenio, de modo que esta última disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil*”.

¹⁵ STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-06917, ECLI:EU:C:2009:475, apartado 13. *Vid.*, N. GOÑI URRIZA, “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *CDT*, vol. 3, Nº 1, 2011, pp. 290-295.

¹⁶ STJCE de 30 noviembre de 1976, *Mines de potasse d’Alsace*, asunto 21/76, *Rec.*, 1976, p. 01735, ECLI:EU:C:1976:166, apartado 25; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L.

Efectivamente, cuando estamos ante *ilícitos a distancia*, ilícitos en los que el hecho dañoso y el daño infligido se verifican en países distintos, parece más previsible y menos costoso para la víctima acudir a los tribunales donde ha recibido el daño, que serán, probablemente, los tribunales de su propio domicilio. Por eso, y teniendo en cuenta lo que prescribe el precepto 5.3 del Reglamento 44/2001, la jurisprudencia ha determinado que los tribunales competentes en virtud de ese foro son los del lugar del hecho dañoso, tal como dice el tenor literal del precepto, y, también, los del lugar o lugares donde se han verificado daños –*teoría de la ubicuidad*¹⁷–. Así, el Tribunal de Justicia justifica esta doble opción indicando, “(13) que el sentido de esta expresión [lugar del hecho dañoso], en el contexto del Convenio, es incierto cuando el lugar en que se produce el hecho que ocasiona el daño está situado en un Estado distinto de aquél en el que sobreviene dicho daño, como ocurre especialmente en los casos de contaminación atmosférica o del medio acuático, más allá de las fronteras de un Estado; (14) que la fórmula “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, recogida en todas las versiones lingüísticas del Convenio, deja abierta la cuestión de si, en la situación descrita, para la determinación de la competencia judicial, hay que elegir como punto de conexión, bien el lugar del hecho causante, bien el lugar en el que sobreviene el daño, o dejar al demandante que elija entre uno u otro punto de conexión; (15) que, a este respecto, procede destacar que tanto el lugar del hecho causante, como el lugar en que se materializa el daño, pueden constituir, según los casos, una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial; (16) que, en efecto, la responsabilidad delictual o cuasidelictual sólo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina; (17) que, teniendo en cuenta la estrecha relación entre los elementos constitutivos de toda responsabilidad, no parece adecuado optar por uno de los dos puntos de conexión mencionados excluyendo el otro, dado que cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso; (18) que la elección de uno con exclusión del otro resulta tanto menos deseable cuanto que, por su formulación tan amplia, el número 3 del artículo 5 del Convenio engloba gran diversidad de tipos de responsabilidad; (19) que el significado de la expresión del número 3 del artículo 5, “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” debe, pues, determinarse de manera que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante; (20) que esta conclusión queda confirmada por la consideración de que, por una parte, elegir únicamente el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el artículo 2 y el número 3 del artículo 5 del Convenio, de modo que esta última disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil; (21) que, por otra parte, elegir únicamente el lugar donde se ha materializado el daño ocasionaría, en los casos en que el lugar del hecho causante no coincida con el domicilio de la persona responsable, la exclusión de una conexión apropiada con la competencia de un órgano jurisdiccional particularmente próximo a la causa del daño; (22) que, por lo demás, según la comparación de legislaciones y de jurisprudencias nacionales relativas a la distribución de competencias judiciales –tanto en las relaciones internas, entre las distintas demarcaciones judiciales como en las internacionales– se da cabida, si bien mediante diferentes técnicas jurídicas, a uno u otro de los criterios de conexión contemplados y, en varios Estados, incluso con carácter acumulativo; (23) que, en estas circunstancias, la interpretación que antes se ha expuesto tiene la ventaja de evitar cualquier desajuste entre las soluciones elaboradas en el marco de los distintos Derechos nacionales ya que se busca la unificación, de conformidad con el número 3 del artículo 5 del Convenio, en el sentido de una sistematización de soluciones ya consolidadas, en principio, en la mayoría de los Estados interesados”¹⁸.

CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1435.

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 1433-1435; P. MANKOWSKI, “III. Special jurisdiction in tort, art. 7(2)” en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Otto Schmidt, 2016, p. 276.

¹⁸ STJCE de 30 noviembre de 1976, *Mines de potasse d’Alsace*, asunto 21/76, *Rec.*, 1976, p. 01735, ECLI:EU:C:1976:166. En este mismo sentido se pronuncian también, entre otras, la STJCE de 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, ECLI:EU:C:1995:289, apartado 11, la STJCE 5 febrero 2004, *Torline*, C-18/02, *Rec.* 2004, p. I-01417, ECLI:EU:C:2004:74, apartado 40, la STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, C-168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, ECLI:EU:C:2004:364, apartado 16 y la STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-06917, ECLI:EU:C:2009:475, apartado 23.

Igualmente, en los casos de daños plurilocalizados, en el asunto *Fiona Shevill*, el Tribunal de Justicia, siguiendo la *tesis del mosaico*, consideró que el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas podía interpretarse en el sentido de otorgar competencia, por un lado, a los tribunales de los diferentes lugares en los que se haya producido el daño –respecto de los daños efectivamente producidos en su jurisdicción–, y, por otro lado, a los órganos jurisdiccionales del lugar en el que se localiza el hecho ilícito, el que ha dado lugar al daño –respecto de la totalidad de los daños producidos–¹⁹. En este supuesto, el Tribunal de Luxemburgo no dudó en adoptar esta solución, aún cuando pudiera entenderse que los tribunales competentes se multiplican de este modo, ya que, el demandante puede acudir a los tribunales del lugar en el que se ha producido el daño, y, además, por el mismo daño –y por todos los demás daños irrogados– puede acudir a los órganos jurisdiccionales del lugar en el que se produjo el hecho ilícito. La forma de acumular la competencia sobre todo el daño verificado es, además de ir a los tribunales del lugar del hecho dañoso, acudir a los tribunales del foro del domicilio del demandado.

19. La cuestión prejudicial se plantea para saber si el juez francés puede conocer, también, de la reclamación de Concurrence respecto de Amazon Gran Bretaña, Amazon Alemania, Amazon España y Amazon Italia, ya que, en estos casos, además de que el demandado no tendría su domicilio en Francia, el lugar del hecho ilícito tampoco haría competentes a los tribunales franceses –el hecho ilícito sería la reventa on line, a través de estas páginas, de los productos ELITE de Samsung–. Por eso se pregunta si habría algún otro factor de conexión que justificara la competencia de los tribunales franceses en el caso.

Pues bien, puesto que por el lugar del hecho dañoso los jueces franceses no serían competentes, el Tribunal de Justicia analiza si podrían serlo por el lugar del daño.

20. Antes de continuar, se debe poner de manifiesto el error que comete el órgano judicial europeo cuando utiliza la expresión *punto de conexión* cuando quiere referirse a foro. Se trata de un error grave que demuestra un escaso conocimiento del Derecho Internacional Privado y que no debería permitirse el Tribunal de Justicia.

21. Siguiendo con el foro del lugar de daño, el Tribunal europeo justifica la competencia de los jueces franceses al respecto con dos argumentos.

Por un lado, afirma que existe daño cuando la legislación aplicable reconoce el derecho vulnerado. En este sentido, las normas francesas castigan el incumplimiento de la cláusula contractual por la que se prohíbe la venta fuera de la red de distribución selectiva. Por lo tanto, existe conexión natural entre los jueces franceses y el litigio.

Por otro lado, sostiene que el daño se podría verificar en Francia, ya que, el hecho de que un distribuidor incumpla su obligación de no revender fuera de la red puede ocasionar un perjuicio al resto de distribuidores, que se podría cuantificar relacionando el número de compras que se realizan en Internet y la consiguiente pérdida de volumen de sus ventas. Todo ello, con independencia de que los sitios web operen en otros Estados miembros distintos a aquel en el que actúa el distribuidor afectado. En este caso, será el órgano jurisdiccional francés remitente el que deba verificar si, efectivamente, Concurrence ha sufrido una reducción del volumen de sus ventas en Francia, motivada por la reventa on line de Amazon a través de sitios web que no operan en este país.

IV. Conclusiones

22. El análisis que realiza el Tribunal de Justicia en esta sentencia es criticable. Efectivamente, es cierto que el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 permite que los tribunales competentes sean los

¹⁹ STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, Rec. 1995, p. I-00415, ECLI:EU:C:1995:61.

^{A.L.} CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 1449-1450; P. MANKOWSKI, “III. Special jurisdiction in tort, art. 7(2)” en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Otto Schmidt, 2016, p. 278.

del lugar donde se haya verificado el daño, y es lógico que los jueces franceses sean competentes si en Francia el demandante ha sufrido el daño que alega para justificar su demanda. Sin embargo, dos son las cuestiones en las que debería haber profundizado el Tribunal europeo para corregir su conclusión y dar una respuesta detallada y adecuada al caso. En primer lugar, en estos casos el demandante sólo puede ser una víctima directa del comportamiento lesivo del demandado. En segundo lugar, se debe verificar la existencia de una relación de causalidad que una el daño alegado con el hecho generador del mismo.

23. Víctimas directas. El artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 sólo puede ser utilizado por las víctimas directas para demandar contra el autor del hecho ilícito. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia en diversas sentencias, entre ellas, en la primera emitida en este sentido, del año 1990, en la que afirma que “20. *Se deduce de lo expuesto que si bien es cierto que es jurisprudencia de este Tribunal (sentencia de 30 de noviembre de 1976, ya citada) que el concepto de “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, contemplado en el apartado 3 del artículo 5 del Convenio, puede hacer referencia al lugar en que haya sobrevenido el daño, no lo es menos que este último la responsabilidad delictual o cuasidelictual haya desplegado sus efectos dañosos respecto de quien sea su víctima inmediata. 21 Por otra parte, el lugar en que se manifiesta el daño inicial presenta generalmente un estrecho vínculo con los restantes elementos constitutivos de la responsabilidad, cuando lo corriente es que tal no sea el caso del domicilio de la víctima indirecta*”²⁰.

24. Si se admitiera la competencia del tribunal en base a este foro del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, en estos casos de víctimas indirectas, se estaría permitiendo que el conocimiento del asunto lo tuviera el órgano jurisdiccional del domicilio del actor, ampliando en exceso el foro al hacer competentes a tribunales que no tendrían ninguna conexión con el supuesto. Dicho de otra manera, en este tipo de casos, la utilización de este foro sería totalmente imprevisible para el demandado, quien no puede prever en absoluto que la actividad realizada en un Estado miembro pueda ocasionar daños en otro y, por ello, pueda ser demandado en este último país.

Teniendo en cuenta que el legislador europeo quiere recoger reglas de competencia ciertas y previsibles, este foro del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 no debería ser utilizado en estos casos de daños imprevisibles y víctimas indirectas²¹.

25. En nuestro caso, parece evidente que Concurrence es una víctima indirecta de la comercialización de Amazon a través de las páginas web ubicadas fuera de Francia. En efecto, el hecho ilícito sería el incumplimiento de la prohibición de vender los productos de Samsung vía on line. El daño directo lo sufrirían Samsung, por un lado, y los clientes de Amazon que compran en las páginas mencionadas que operan fuera de Francia, por otro. Así, Samsung podría ver perjudicada la imagen de lujo de sus productos por la venta on line de los mismos. Los consumidores, por su parte, podrían sentirse confundidos en su percepción de calidad de esos productos de Samsung. Concurrence es otro distribuidor más de los mismos artículos de la marca ELITE de Samsung, y el daño que dice haber sufrido es consecuencia mediata de la venta on line de Amazon. El perjuicio que alega es una reducción en el volumen de sus ventas, por las ventas on line realizadas por Amazon. Sin duda, Concurrence es una víctima indirecta en este caso.

²⁰ STJCE de 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. I-00049, ECLI:EU:C:1990:8.

^AL. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1450; P. MANKOWSKI, “III. Special jurisdiction in tort, art. 7(2)” en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Otto Schmidt, 2016, p. 305.

²¹ STJCE de 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, ECLI:EU:C:1995:289: “19. [...] *Por otra parte, dicha interpretación resulta incompatible con el objetivo del Convenio consistente en establecer atribuciones de competencia ciertas y previsibles (véanse las sentencias de 15 de enero de 1985, Rösier, 241/83, Rec. p. 99, apartado 23, y de 17 de junio de 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967, apartado 19). En efecto, la determinación del órgano jurisdiccional competente dependería entonces de circunstancias inciertas, tales como el lugar en donde el patrimonio de la víctima hubiera sufrido perjuicios sucesivos o el régimen de responsabilidad civil aplicable*”. *Vid.*, también, STJUE de 16 enero 2014, *Andreas kainz*, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, apartado 28.

26. Relación de causalidad. Por otro lado, aun suponiendo que pudiéramos considerar a la empresa distribuidora demandante una víctima directa de Amazon, se debería verificar que el daño que alega es consecuencia de la actuación del agente generador del hecho ilícito. Así es, siguiendo la jurisprudencia europea, para que pueda considerarse que existe responsabilidad delictual o cuasidelictual y, por tanto, para que pueda utilizarse el foro en esta materia, es necesario que exista un nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño sufrido²².

El Tribunal europeo condiciona la competencia del juez francés al hecho de que se compruebe que ha existido daño en Francia, olvidándose de la relación de causalidad. En este caso, el daño sufrido por Concurrence podría ser fácilmente constatable, sin embargo, el nexo de causalidad entre ese daño y la reventa on line por parte de Amazon no sería tan fácil de determinar. Efectivamente, el daño consistente en la reducción del volumen de ventas de la demandante se podría comprobar de forma objetiva y rápida, lo complicado sería atribuir la causa de esa reducción a las ventas realizadas por Amazon a través de sitios web ubicados fuera de Francia.

27. Con todo lo dicho anteriormente, teniendo en cuenta que Concurrence no puede ser considerada una víctima directa del agente generador causal, debemos concluir que sólo podría interponer su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado, y, por tanto, no podrían ser competentes los jueces franceses en este caso de la acción de cesación contra Amazon Reino Unido, Amazon Alemania, Amazon Italia y Amazon España.

²² STJCE de 30 noviembre de 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, asunto 21/76, *Rec.*, 1976, p. 01735, ECLI:EU:C:1976:166, apartado 16; STJCE de 5 febrero 2004, *Torline*, C-18/02, *Rec.* 2004 I-01417, ECLI:EU:C:2004:74, apartado 32; STJUE de 16 julio 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-06917, ECLI:EU:C:2009:475, apartado 28; STJUE de 18 julio 2013, *Öfab*, C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490, apartado 34; STJUE de 16 enero 2014, *Andreas kainz*, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, apartados 25 y 26; STJUE de 21 abril 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286, apartado 41.

^AL. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXXI: Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1436; P. MANKOWSKI, “III. Special jurisdiction in tort, art. 7(2)” en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Otto Schmidt, 2016, p. 303.

LITISPENDENCIA Y DILIGENCIAS DE PRUEBA:
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA
DEL TJUE DE 4 DE MAYO DE 2017

LIS PENDENS AND MEASURES OF INQUIRY: SOME
REFLECTIONS ON THE ECJ JUDGMENT OF 4 MAY 2017

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Prof. Contratada Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla*

Recibido: 12.01.2018 / Aceptado: 26.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4144>

Resumen: En la Sentencia de 4 de mayo de 2017, asunto C-29/16, Hanse Yachts AG c. Port D’Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D’Azur y Compagnie Generali IARD SA, el Tribunal de Justicia establece que un documento por el que se inicia un procedimiento de prueba no puede considerarse un “escrito de demanda o documento equivalente”, a efectos de apreciar una situación de litispendencia y determinar cuál es el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en primer lugar, en el sentido de los artículos 27 y 30 del Reglamento (CE) n° 44/2001.

Palabras clave: litispendencia, concepto de escrito de demanda o documento equivalente, demanda de peritaje judicial.

Abstract: In its Judgment of 4 may 2017, in case C-29/16, Hanse Yachts AG c. Port D’Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D’Azur y Compagnie Generali IARD SA, the ECJ establishes that a document instituting proceedings for the taking of evidence cannot be regarded, for the purposes of assessing a situation of lis pendens and of determining which court is the court first seised within the meaning of articles 27 and 30 of Regulation (EC) n° 44/2001, as also being the document instituting the substantive proceedings.

Keywords: lis pendens, concept of document instituting the proceedings or equivalent document, proceedings for the taking of evidence.

Sumario: I. Litigio principal y cuestión prejudicial planteada. II. En el presente asunto: ¿Concurren los requisitos exigidos apreciar una situación de litispendencia? III. A efectos de la litispendencia: ¿Cuándo se entiende que un tribunal conoce de un litigio? ¿Cómo debe interpretarse el concepto de escrito de demanda o documento equivalente? IV. Cuestión no planteada al Tribunal: ¿Pueden considerarse las diligencias de prueba del artículo 145 CPC francés una medida provisional o cautelar?

*Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D+I DER 2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y de Competitividad.

I. Litigio principal y cuestión prejudicial planteada

1. Los hechos que dieron lugar al presente asunto son los siguientes: En abril de 2010 la sociedad Hanse Yachts, domiciliada en Greifswald (Alemania), vendió una embarcación a motor a la sociedad Port D'Hiver Yachting, domiciliada en Francia. Dicha embarcación fue entregada en Greifswald, localidad situada dentro de la jurisdicción territorial del Landgericht Stralsund (Tribunal Regional Civil y Penal de Stralsund, Alemania). Posteriormente fue trasladada a Francia, donde fue revendida a SMCA, sociedad domiciliada en este Estado.

El 1 de agosto de 2011, Hanse Yachts y Port D'Hiver Yachting celebraron un contrato de distribución que contenía una cláusula atributiva de competencia a favor de los órganos jurisdiccionales de Greifswald y que designaba el ordenamiento jurídico alemán como el derecho sustantivo aplicable. Además se establecía que dicho contrato sustituía entre las partes todos los acuerdos escritos u orales celebrados con anterioridad.

Como consecuencia de una avería en el motor de la embarcación, sobrevenida en agosto de 2011, SMCA presentó una demanda ante el Tribunal de Commerce de Marseille (Tribunal Mercantil de Marsella, Francia), en un procedimiento de medidas provisionales en el que la cédula de emplazamiento se entregó a Port D'Hiver Yachting el 22 de septiembre de 2011, a los efectos de solicitar que se ordenase un peritaje judicial anterior a cualquier procedimiento, sobre la base del artículo 145 del CPC (Código de Procedimiento Civil francés)¹. Asimismo se entregó una cédula de emplazamiento a Volvo Trucks France SAS, en su condición de fabricante del motor. En 2012, Generali IARD intervino en el procedimiento en cuanto aseguradora de Port D'Hiver Yachting.

El perito designado por el Tribunal de Commerce de Marseille emitió su informe el 18 de septiembre de 2014. El 15 de enero de 2015, SMCA demandó a Port D'Hiver Yachting, Volvo Trucks France SAS y Hanse Yachts ante el Tribunal de Commerce de Toulon (Tribunal Mercantil de Tolón, Francia), solicitando la reparación del perjuicio que afirma haber sufrido, así como el reembolso de los gastos generados por el procedimiento de peritaje judicial. La acción judicial contra Hanse Yachts se basaba en la garantía del fabricante por vicios ocultos.

Antes de haberse presentado la demanda ante el Tribunal de Commerce de Toulon, pero después de entregada la cédula de emplazamiento en el procedimiento ante el Tribunal de Commerce de Marseille, Hanse Yachts había presentado, el 21 de noviembre de 2014, una demanda declarativa negativa ante el Landgericht Stralsund solicitando que se declarase que Port D'Hiver Yachting, SMCA y Generali IARD no eran titulares de crédito alguno en su contra en relación con la embarcación de que se trata.

Al formular las demandadas en el litigio principal una excepción de litispendencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 30 de dicho Reglamento, está obligado a suspender el procedimiento, en cuanto tribunal ante el que se presentó la segunda demanda, hasta que quede establecida la competencia del Tribunal de Commerce de Toulon, tribunal ante el que se presentó la primera demanda, o si puede examinar el carácter fundado de la acción principal, como tribunal ante el que se presentó la primera demanda. A este respecto, considera que su decisión depende de si el documento por el que se inició el procedimiento de prueba ante el Tribunal de Commerce de Marseille constituye un “escrito de demanda o documento equivalente”, en el sentido del citado artículo 30, o si tal calificación corresponde únicamente al escrito mediante el cual se inició el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Toulon.

Para el órgano jurisdiccional remitente la solicitud de peritaje judicial anterior a cualquier procedimiento prevista en el Derecho francés y la acción sobre el fondo que le siguió presentan una unidad material, siendo la presentación de la demanda en cuanto al fondo una continuación de la resolución de un litigio existente entre las partes. Por ello, considera que se presentó en primer lugar ante los tribunales franceses la demanda entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa que en el procedimiento que se encuentra pendiente ante él.

¹ Dicho artículo dispone lo siguiente: “Si existe un motivo legítimo para asegurar o constituir, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos de los que pudiera depender la resolución de un litigio, podrán ordenarse las diligencias de prueba legalmente admisibles a petición de cualquier interesado, mediante demanda o en el marco de un procedimiento de medidas provisionales”.

2. En estas circunstancias, el Landgericht Stralsund decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“Cuando el Derecho procesal de un Estado miembro establece un procedimiento de prueba autónomo en el que se recaba un informe pericial a instancia del tribunal (en particular, el peritaje judicial, “expertise judiciaire”, del Derecho francés) y se tramita en ese Estado miembro tal procedimiento autónomo de prueba, iniciándose a continuación, en el mismo Estado miembro, un procedimiento contencioso (sobre el fondo) entre las mismas partes basado en los resultados del mencionado procedimiento de prueba:

¿Constituye en tal caso el propio escrito con el que se inició el procedimiento autónomo de prueba un “escrito de demanda o documento equivalente” en el sentido del artículo 30, punto 1, del Reglamento n° 44/2001? ¿O debe considerarse que el “escrito de demanda o documento equivalente” es el escrito mediante el cual se inicia el procedimiento contencioso?”²

En el presente procedimiento la Comisión formuló observaciones escritas y el Abogado General, Sr. H. Saugmandsgaard, presentó sus conclusiones el 26 de enero de 2017.

3. A nuestro juicio la respuesta a este caso, teniendo en cuenta la finalidad de las diligencias de prueba *in futurum* del Derecho francés, debía ser negativa por dos razones: de un lado, por la propia regulación de la litispendencia; y por otra parte, por el concepto y la finalidad del escrito de demanda o documento equivalente. Además, analizaremos una cuestión que, aunque no se planteó al Tribunal de Justicia, sí aparece apuntada en las conclusiones del Abogado General y que hace referencia a si pueden estar comprendidas en el concepto de medidas provisionales o cautelares del Reglamento n° 44/2001 las diligencias de prueba del artículo 145 CPC.

II. En el presente asunto: ¿Concurren los requisitos exigidos apreciar una situación de litispendencia?

4. En primer lugar, y como observación preliminar, hay que apuntar que el Tribunal de Justicia analiza la cuestión planteada sin prejuzgar la competencia judicial internacional de los dos órganos jurisdiccionales implicados en el caso (el Landgericht Stralsund y el Tribunal de Commerce de Toulon), no obstante las indicaciones proporcionadas por el órgano remitente y pese a las reservas formuladas por alguna de las partes que presentaron observaciones al TJUE.

En el caso de autos si bien Hanse Yachts parece haber invocado la competencia judicial internacional exclusiva de los tribunales alemanes en virtud del artículo 23 del Reglamento n° 44/2001, el órgano jurisdiccional remitente negó la existencia de dicho acuerdo de elección de foro y afirma basar su competencia en el foro del artículo 5.1 del Reglamento n° 44/2001 en materia contractual (lugar de entrega de la embarcación). Por su parte, la competencia de los órganos jurisdiccionales franceses se fundamentaría en el artículo 5.3 de dicho Reglamento, al haber ocurrido en ese país el hecho dañoso. Dudamos que la competencia del tribunal alemán pudiera basarse en el acuerdo de elección de foro puesto que éste se firmó con posterioridad, en el marco de un contrato de distribución y no puede tener efectos retroactivos respecto del contrato de venta concluido por las mismas partes³.

² Como la petición de decisión prejudicial se refiere a una acción judicial iniciada por Hanse Yachts el 21 de noviembre de 2014, se examina a la luz del Reglamento n° 44/2001 y no del Reglamento n° 1215/2012, aplicable desde el 10 de enero de 2015.

³ Además de este argumento la Comisión, en sus observaciones escritas, sostuvo que dicha cláusula no podía oponerse a SMCA, segunda demandada, que no tiene ninguna relación contractual con la demandante en el litigio principal.

Recuérdese que si la regla general para solucionar la litispendencia es el orden cronológico en la fecha de presentación de las demandas, una de las novedades introducidas en el Reglamento n° 1215/2012 es la del artículo 31, apartados 2, 3 y 4, cuando uno de los tribunales tiene competencia exclusiva en virtud de una cláusula atributiva de competencia. Este órgano jurisdiccional va a tener preferencia para decidir sobre su competencia judicial internacional, aunque la demanda se le hubiese planteado en segundo lugar. Con esta nueva solución se trata de evitar las prácticas procesales abusivas denominadas “*acciones torpedo*” (Sentencia TJCE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl). Para el estudio de la reforma véase entre otros, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16^a ed, Comares, Granada, 2016, pp. 308-311; R. FENTIMAN, “Lis pendens- related actions”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (ed), *European Commentaries on Pri-*

Cada uno de esos órganos jurisdiccionales deberá pronunciarse sobre su propia competencia a la luz de los hechos que dieron lugar al litigio principal, conforme a las reglas de competencia establecidas en el Reglamento. Tal y como afirma el TJUE, corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (motivos 23 y 24)⁴. Y tampoco puede el Tribunal pronunciarse sobre la interpretación exacta de una disposición del Derecho interno de un Estado⁵.

5. Hecha esta aclaración pasamos a analizar los requisitos que deben concurrir para que exista una situación de litispendencia y por qué el órgano jurisdiccional alemán se plantea la posibilidad de suspender el procedimiento.

Conforme establece el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001 existe litispendencia europea “cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos”. En este caso “el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera. Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél”.

Como se sabe el Tribunal de Justicia en una consolidada jurisprudencia ha interpretado de forma autónoma esa triple identidad remitiéndose al sistema y a los objetivos del Reglamento⁶. Así, *grosso modo*, se ha considerado que la identidad de partes debe entenderse referida a las mismas personas con independencia de su posición procesal, siendo también indiferente que dicha identidad sea solo parcial⁷; la identidad de causa debe entenderse en el sentido de que incluye los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda⁸; y existirá identidad de objeto cuando las dos demandas persigan la misma finalidad o pronunciamientos opuestos o incompatibles⁹.

6. Si desde un punto de vista estricto nos atenemos a esta definición y a la exigencia de estos requisitos la situación de litispendencia sí existiría entre la demanda presentada ante el Tribunal de Commerce de Toulon contra Hanse Yachts (por la que se solicita que se declare que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar una indemnización por daños perjuicios), y la presentada por dicho demandado ante el Landgericht Stralsund, mediante la que se solicita que se declare que no es responsable de tales perjuicios. La identidad de partes concurre no siendo relevante que la parte demandante ante los tribunales franceses, SMCA, sea parte demandada ante el órgano alemán y a la inversa en el caso de Hanse Yachts ni, como ya hemos afirmado, que dicha identidad sea solo parcial¹⁰. También la de causa, puesto que las dos demandas tienen su origen en el mismo contrato; y la

vate *International Law ECPIIL. Commentary Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2016, pp. 749-753; F. GARCIMARTÍN, “Lis Pendens and Related Actions”, en A. DICKINSON Y E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp. 336-343; C. ROSENDE VILLAR, “Litispendencia y conexidad internacionales y sus últimas reformas legislativas europea y española”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2016, T. XVI, pp. 347-374; J. SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa ¿el caso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, marzo de 2013, pp. 184-198.

Otra de las novedades es la regulación de la litispendencia y conexidad con procedimientos existentes en terceros Estados (artículos 33 y 34).

⁴ En sentido análogo se pronunció el Abogado General (puntos 31 y 32).

⁵ Como advierte el Abogado General la peculiaridad del supuesto reside en que el órgano jurisdiccional remitente es alemán y la norma procesal controvertida es francesa, cuyo contenido y alcance ese órgano jurisdiccional no domina necesariamente.

⁶ Para un estudio detallado véase bibliografía citada en nota 3.

⁷ Entre otras, Sentencias de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo y de 6 de diciembre de 1994, asunto C-406/92, Tatra c. Maciej Rataj.

⁸ Sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, Maersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan en W. de Boer.

⁹ Sentencias de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik y de 8 de mayo de 2003, asunto C-111/01, Gantner Electronic GmbH c. Basch Exploitatie Maatschappij BV.

¹⁰ De hecho, el órgano jurisdiccional remitente señaló que si estuviera obligado a suspender el procedimiento entre Hanse Yachts y SMCA haría uso de la facultad de suspensión que le concede el artículo 28 del Reglamento n° 44/2001 por conexidad del procedimiento entre Hanse Yachts y las otras partes demandadas (véase nota 32 de las Conclusiones del Abogado General).

de objeto al perseguir las demandas pronunciadas opuestas (en una que la sociedad Hanse Yachts es responsable del perjuicio causado y en la otra, que no es responsable¹¹).

La existencia de estos dos procesos paralelos potencia el riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables y de ahí que se conciba la litispendencia como un mecanismo procesal preventivo: solo puede conocer del asunto un tribunal que será, por regla general, aquél ante el que primero se interpuso la demanda. Por tanto, si la primera demanda se presentó ante el órgano alemán (el 21 de noviembre de 2014), el que estaría obligado a suspender de oficio sería el órgano jurisdiccional francés (demanda presentada el 15 de enero de 2015) y esperar a que el primero se declarase competente.

A juicio del Abogado General y de la Comisión, difícilmente podría apreciarse la identidad de causa y de objeto entre la demanda sobre el fondo presentada ante los tribunales alemanes y aquella presentada ante el Tribunal de Commerce de Marseille por la que se solicita una diligencia de prueba, a efectos de un peritaje judicial, incluso si los hechos que dieron lugar a estos dos procesos son los mismos. En ambos procedimientos las normas jurídicas invocadas y los objetivos perseguidos por los demandantes son sustancialmente distintos no existiendo, por tanto, riesgo de inconciliabilidad de resoluciones. En palabras del Abogado General *“las diferencias fundamentales que se han apreciado entre un procedimiento probatorio anterior a cualquier proceso y una demanda sobre el fondo basada en los resultados del mencionado procedimiento abogan, a mi juicio, en contra de la posibilidad de admitir, tal como prevé el órgano jurisdiccional remitente, que el escrito por el que se inició el primer procedimiento constituya también el escrito de incoación de la referida demanda”* (punto 59 de sus Conclusiones).

7. Si de hecho el propio órgano alemán reconoce que existe litispendencia entre el asunto pendiente ante él y aquél del que conoce el Tribunal de Commerce de Toulon, ¿por qué se plantea entonces la posibilidad de suspender el procedimiento? En su opinión, esta obligación de suspender el procedimiento, en cuanto órgano que conoce en segundo lugar, únicamente existiría si la acción sobre el fondo entablada ante el Tribunal de Commerce de Toulon se considerase iniciada desde el momento en que se abrió el procedimiento de prueba incoado ante el Tribunal de Commerce de Marseille.

Esta consideración nos obliga a analizar cuándo se considera que *“un tribunal conoce de un litigio”*.

III. A efectos de la litispendencia: ¿Cuándo se entiende que un tribunal conoce de un litigio? ¿Cómo debe interpretarse el concepto de escrito de demanda o documento equivalente?

8. Si la regla general para solucionar la litispendencia es la de la prioridad temporal en la fecha de presentación de las demandas, cuestión clave será determinar el momento en que se entiende que un tribunal de un Estado miembro conoce de un litigio y, por tanto, considerar así que el asunto *“está pendiente”*. A tal efecto y para paliar los problemas derivados de las divergencias entre las distintas legislaciones estatales, el artículo 30 del Reglamento n° 44/2001 lo define de forma autónoma¹². En concreto, se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional *“desde el momento en que se le hubiere presentado el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para que se entregare al demandado la cédula de emplazamiento...”*¹³. De esta forma al fijarse un momento concreto se evita, como apunta el Abogado General, que las partes se aprovechen de forma abusiva de las diferencias pro-

¹¹ Así lo consideró expresamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama SpA.

¹² Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-523/14, Aannemingsbedrijf Aertssen NV y Aertssen Terrasements SA c. VSB Machineverhuur BV y otros.

¹³ Esta regla no figuraba en el Convenio de Bruselas de 1968, sino que fue introducida en el Reglamento n° 44/2001 con la finalidad de conciliar los distintos sistemas procesales, garantizándose no sólo la igualdad de condiciones de las partes demandantes, sino también la protección contra los abusos de procedimiento. En palabras de A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pág. 312, la norma *“recoge una noción propia de pendencia de la litis a efectos del Reglamento...”*.

cesales de los Estados miembro “*torpedeando*” el desarrollo del proceso (como podría ser, por ejemplo, la demanda declarativa negativa presentada por Hanse Yachts)¹⁴.

9. En el caso que analizamos el órgano jurisdiccional remitente opina que el documento por el que el juez francés ordenó la diligencia de prueba podría ser un “*documento equivalente*” en el sentido del citado artículo 30. Pero: ¿realmente puede entenderse así? ¿O solo considerar como tal el escrito de interposición de la demanda sobre el fondo?

La cuestión no resulta baladí puesto que de responderse sentido afirmativo habría que considerar que la fecha en la que se inició el procedimiento probatorio ante el Tribunal de Commerce de Marseille es la fecha en la que debía entenderse que conoce del litigio el Tribunal de Commerce de Toulon, que es el que ha de pronunciarse sobre la demanda en cuanto al fondo. En cambio, si se considera que el escrito de demanda es aquél por el que se inicia el procedimiento en cuanto al fondo, el órgano alemán no estaría obligado a suspender el procedimiento al haberse planteado ante él la primera demanda.

Mientras que el órgano jurisdiccional remitente y las tres demandadas en el litigio principal se inclinaron por el primer punto de vista; la sociedad Hanse Yachts, la Comisión y el Abogado General, optaron por el segundo¹⁵.

10. Y para poder responder el Tribunal de Justicia, que según reiterada jurisprudencia no es competente para interpretar el derecho interno de un Estado miembro, formuló una serie de cuestiones al Gobierno francés con la finalidad de despejar las dudas que le planteaba el artículo 145 CPC¹⁶.

A tal efecto el Gobierno francés señaló lo siguiente: a) de un lado, la autonomía de la diligencia de prueba con respecto al procedimiento sobre el fondo puesto que aquélla debe solicitarse siempre “*antes de cualquier proceso*” (y no en relación con una acción judicial). No existe, por tanto, una continuidad material entre ambos procesos ya que el ulterior procedimiento sobre el fondo puede iniciarse o no. El interesado no está obligado a interponer una acción judicial porque, por ejemplo, puede preferir una solución amistosa o incluso renunciar a cualquier acción contra la parte contraria; b) de otra parte, una demanda basada en el artículo 145 CPC se tramita ante un órgano jurisdiccional distinto del que posteriormente puede conocer del procedimiento sobre el fondo (y que es quien valorará el informe pericial emitido); c) por último, el juez que conoce del asunto agota su competencia al acordar la diligencia de prueba solicitada y su decisión carece de fuerza juzgada en el litigio principal.

11. El carácter autónomo y la clara distinción entre ambos procedimientos justifican, a juicio del TJUE, que no pueda interpretarse que el documento por el que se inicia un procedimiento de prueba deba considerarse también el “*escrito de demanda o documento equivalente*” por el que se inicia el procedimiento sobre el fondo, a efectos de apreciar una situación de litispendencia y de determinar, en consecuencia, cuál es el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en primer lugar conforme a lo previsto en el artículo 27 del Reglamento nº 44/2001 (motivo 35 de la Sentencia). Por ese escrito hay que entender, en consecuencia, la demanda que se presentó sobre el fondo del asunto (en el caso que analizamos, la presentada ante el Tribunal de Commerce de Toulon solicitando la reparación del perjuicio sufrido que lo fue en un momento posterior a la presentada ante los tribunales alemanes por Hanse Yachts).

Además, y como dato curioso, parece que el propio órgano jurisdiccional remitente se contradice ya que al plantear la cuestión prejudicial admite expresamente que el peritaje judicial del Derecho francés es un “*procedimiento autónomo de prueba...*”¹⁷.

¹⁴ Una de las críticas que se ha realizado a la regulación de la litispendencia es que favorece las denominadas “*acciones torpedo*” situando el proceso ante un tribunal de un Estado que sea más lento. A. L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 308-309.

¹⁵ Tanto el Abogado General como la Comisión estimaron que el Tribunal de Justicia reformulase la cuestión prejudicial planteada ya que si ésta, desde un punto de vista formal, solo se refería al artículo 30 del Reglamento nº 44/2001, era necesario interpretarla de forma conjunta con el artículo 27.

¹⁶ Dichas cuestiones fueron planteadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹⁷ Véase nota 60 de las conclusiones del Abogado General donde se cita una Sentencia de la Corte de Casación francesa en la que se afirma la independencia entre ambos procedimientos.

12. A la luz de todas estas consideraciones afirma el Tribunal de Justicia que: “El artículo 27, apartado 1, y el artículo 30, punto 1, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de litispendencia, la fecha en la que se ha iniciado un procedimiento dirigido a obtener una diligencia de prueba antes de cualquier proceso no puede constituir la fecha en la que se considerará que conoce de un litigio, en el sentido del referido artículo 30, punto 1, un órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre una demanda en cuanto al fondo presentada en ese mismo Estado miembro con posterioridad al resultado de dicha diligencia”.

13. Si a nuestro juicio ésta debía ser la respuesta consideramos que, además de los argumentos señalados, el Tribunal podría haber añadido uno más y haberse referido a la finalidad de ese “escrito de demanda o documento equivalente”.

Para ello creemos que resulta de utilidad recordar que el Tribunal de Justicia ya había interpretado de forma autónoma el concepto de “cédula de emplazamiento o documento equivalente” del, por entonces, artículo 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (artículo 34.2 del Reglamento n° 44/2001), con ocasión de las particularidades del derecho procesal de algunos Estados miembros que regulan determinados procedimientos inicialmente unilaterales y que se convierten posteriormente en contradictorios¹⁸. En concreto el Tribunal ha afirmado que: “La noción de cédula de emplazamiento o documento equivalente designa el o los actos, cuya notificación al demandado, efectuada regularmente y en tiempo útil, le permite hacer valer sus derechos de defensa antes que una resolución ejecutiva sea dictada en el Estado de origen”. Dicho con otras palabras, se trata del acto mediante el que se incoa el procedimiento y que tras su notificación se ofrece al demandado la posibilidad de defenderse (así en el supuesto de nuestro ordenamiento, la demanda)¹⁹.

Si trasladamos este razonamiento al caso concreto que nos ocupa consideramos que no puede equipararse al concepto de “documento equivalente” una demanda de peritaje judicial para asegurar o determinar, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos que puedan fundamentar la demanda judicial ulterior. La finalidad de esta diligencia de prueba no es poner en conocimiento del demandado que se ha entablado un procedimiento contra él ofreciéndole la posibilidad de defenderse ya que el interesado, en función del resultado obtenido, podrá interponer o no la acción sobre el fondo del asunto. Por ello, la fecha en que se considera que el tribunal conoce del asunto no se remonta al inicio del procedimiento probatorio.

IV. Cuestión no planteada al Tribunal: ¿Pueden considerarse las diligencias de prueba del artículo 145 CPC francés una medida provisional o cautelar?

14. Tal y como señala el Abogado General, el órgano jurisdiccional remitente sugirió que las diligencias de prueba previstas en el artículo 145 CPC francés podrían corresponderse con las medidas provisionales o cautelares del artículo 31 del Reglamento n° 44/2001 y que, por tanto, a efectos de la interpretación del artículo 30 de dicho Reglamento, si tal diligencia ha sido ordenada en un Estado miembro, no estaría permitido formular una demanda sobre el fondo en otro Estado miembro.

¹⁸ Es el caso, principalmente, del derecho francés (“procédure d’injection de payer”), del derecho alemán (“Mahnverfahren”) o del derecho italiano (“decreto ingiuntivo”). Véase las SSTJCE de 16 de junio de 1981, asunto C-166/80, Peter Klomps c. Karl Michel y de 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, Hengst Import BV c. Ana M^a Campese. Esta jurisprudencia fue confirmada años más tarde, precisamente en un caso de litispendencia, en la ya citada Sentencia de 14 de octubre de 2004, en relación con las particularidades del procedimiento para la constitución de un fondo de delimitación de la responsabilidad, tal como el regulado en el derecho neerlandés, en el que el órgano jurisdiccional tras un procedimiento unilateral dicta primero provisionalmente un auto que fija, también con carácter provisional, el límite de la responsabilidad y que pasa a ser objeto de un debate contradictorio. Ese auto debe considerarse un “documento equivalente” a la cédula de emplazamiento del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas.

¹⁹ Por ello no se considera cédula de emplazamiento a los efectos del Reglamento los documentos que inician un procedimiento unilateral. Para un estudio de esta cuestión véase M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 53-63.

15. La escueta regulación del artículo 31 del Reglamento n^o 44/2001 ha originado numerosos problemas de aplicación práctica así como interpretaciones doctrinales divergentes sobre distintas cuestiones que no se aclaran²⁰. Y precisamente una de ellas es qué medidas provisionales y cautelares quedan incluidas en el ámbito de la norma.

Al respecto el Tribunal de Justicia ha optado por una definición autónoma al considerar que dichas medidas son aquellas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, están destinadas a “mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce de fondo del asunto”²¹; y que, por ejemplo, no están comprendidas en dicho concepto “una medida que ordena el examen de un testigo con el fin de permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en ese contexto”²². Esta última medida se rige por el Reglamento (CE) n^o 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil²³.

De hecho, durante los trabajos de reforma del Reglamento la cuestión fue muy debatida y de ahí que en el nuevo Considerando 25 del Reglamento n^o 1215/2012 se establezca expresamente que el concepto de medidas provisionales y cautelares “no debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por la que se ordena la audiencia de un testigo”^{24 25}.

16. Y es aquí precisamente donde se encuentra, a nuestro juicio, la respuesta a la cuestión apuntada ya que si se considera que el artículo 145 CPC francés constituye una prueba anticipada carecería de esa “naturaleza cautelar” puesto que el resultado obtenido es una prueba²⁶. Y tampoco puede afirmarse que su finalidad sea la de una medida cautelar ya que con ella no se persigue garantizar la efectividad del fallo. Sólo si se sostiene que esa diligencia posee naturaleza cautelar podría entrar en el ámbito de aplicación del artículo 31 del Reglamento.

17. No obstante, no se trata de una cuestión pacífica que entendemos excede del objetivo de esta nota. El propio Abogado General reconoce que ha dado lugar a puntos de vista divergentes tanto en las

²⁰ En la doctrina española, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 14^a ed, Granada, Comares, 2013, pp. 252-257; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 7^a ed, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 89-91; V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Medidas cautelares (art. 31 RBI)”, en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir), *Derecho procesal civil europeo*, vol I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 309-341; M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 229-242.

²¹ Así lo ha declarado, entre otras, en la Sentencia de 26 de marzo de 1992, asunto C- 261/90, Mario Reichert c. Dresdner Bank

²² Sentencia de 28 de abril de 2005, asunto C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA, nota de L. CARBALLO PIÑEIRO, “La actividad preparatoria de un litigio internacional: de las diligencias preliminares a la *pre-trial discovery* (Los interrogantes que suscita la STJCE St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA)”, *La Ley/Unión Europea*, noviembre de 2005, pp. 1-18.

²³ *DOUE* núm. L 174, de 27 de junio de 2001.

²⁴ Como afirma ese Considerando 25 deben incluirse, entre otras, “las destinadas a obtener información o conservar pruebas a que se refieren los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual”. Para su análisis véase M^a J. ELVIRA BENAYÁS, “Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?”, *La Ley/Unión Europea*, octubre de 2014, pp. 1-12.

²⁵ Las principales novedades introducidas en el Reglamento n^o 1215/2012 han sido en sede de la eficacia de dichas medidas ya que la supresión del exequátur se extiende a aquellas medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en cuanto al fondo del asunto. Si la medida es ordenada por otro tribunal, su eficacia se circunscribe al territorio de ese Estado miembro. De otra parte, si la medida se adoptó de forma unilateral sólo podrá ejecutarse en otro Estado miembro si la resolución que contiene la medida fue notificada al demandado antes de su ejecución (artículos 2.a) y 42.2.c) del Reglamento). Para un estudio de la nueva regulación véase, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 1, 2015, pp. 55-78.

²⁶ En este sentido se pronuncia M^a J. ELVIRA BENAYÁS, “Diligencias preliminares...”, ob. cit, p. 3.

observaciones presentadas en el presente asunto al Tribunal de Justicia (mientras que el Gobierno francés se pronunció en sentido afirmativo, la Comisión sostuvo la tesis contraria), como en la doctrina²⁷.

En todo caso considera que, como la regulación del artículo 31 del Reglamento responde a una lógica totalmente distinta a la de los artículos 27 y 30, sobre los que se centra la cuestión prejudicial, lo afirmado en la Sentencia St. Paul Dairy no podía cuestionar la respuesta que proponía adoptar.

²⁷ Véase las notas a pie 64 y 65 de las Conclusiones del Abogado General.

RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA APLICACIÓN
DEL FORUM NON CONVENIENS DE CARÁCTER REGLADO
DEL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO (CE) N° 2201/2003:
LA STJUE DE 27 DE OCTUBRE DE 2016

PARENTAL RESPONSIBILITY AND THE APPLICATION
OF REGULATED FORUM NON CONVENIENS OF ARTICLE 15
OF COUNCIL REGULATION (EC) N° 2001/2003:
THE ECJ JUDGEMENT OF 27TH OCTOBER 2016

BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 14.01.2018 / Aceptado: 09.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4145>

Resumen: Esta sentencia del TJUE aborda el ámbito y las condiciones que impone el artículo 15 del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, para que el tribunal competente se abstenga de conocer del asunto por apreciar que los tribunales de otro Estado miembro con el que el menor presenta una vinculación especial está mejor situado para resolverlo en atención a su superior interés. La sentencia examina las circunstancias de este peculiar *forum non conveniens* de carácter reglado que es característico de este reglamento comunitario.

Palabras clave: competencia judicial internacional; responsabilidad parental; *forum non conveniens*; remisión del asunto al tribunal mejor situado; interés del menor.

Abstract: This ECJ judgment addresses the scope of application and the conditions that art. 15 of Council Regulation (EC) n° 2201/2003 (...) impose in order to a court having jurisdiction may transfer the case to a court of another Member State which the child has a particular connection with and it would be a court better placed to hear the case taking into account the best interest of the child. The Judgment examines the circumstances of this particular and regulated *forum non conveniens* that is characteristic of this Council Regulation.

Keywords: international jurisdiction; parental responsibility; *forum non conveniens*; transfer to a court better placed to hear the case; best interest of the child.

Sumario: I. Antecedentes de la STJUE de 27 de octubre de 2016 (Sala 3ª), *Child and Family Agency*, c-428/15. 1. Hechos. 2. Planteamiento de la cuestión prejudicial. II. Análisis de la STJUE de 21 de junio de 2016. 1. La doctrina sobre el *forum non conveniens*. A) Su función en los sistemas de *common law*. B) La doctrina del *forum non conveniens* en el espacio UE. 2. Regulación del *forum non conveniens* del artículo 15 del Reglamento 2201/2003. A) El artículo 15 en el sistema de la competencia diseñado por este instrumento. B) La norma especial del artículo 15, sobre “remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto”. 3. Ámbito de aplicación material del *forum non conveniens* del artículo 15 del Reglamento 2201/2003. A) La irrelevancia del

carácter jurídico-privado o administrativo de las medidas de protección del menor en el Estado del *forum conveniens*. B) La irrelevancia de las normas procesales nacionales que impidan el efecto de declinar la competencia con arreglo al artículo 15 del Reglamento. 4. Examen de los presupuestos que desencadenan la remisión de la competencia y sus claves de interpretación. A) La naturaleza excepcional de la remisión de la competencia y su interpretación restrictiva. B) El carácter tasado de los nexos de “vinculación especial” del menor con el pretendido *forum conveniens* y la necesidad de ponderar su intensidad y preferencia. C) El examen de la “mejor situación para resolver el asunto” del tribunal especialmente vinculado con el menor. D) El examen de que la remisión de la competencia sirva al “interés superior del menor”. 5. Incidencia que la remisión del asunto pueda tener sobre el derecho a la libre circulación del menor. III. Conclusiones y fallo.

I. Antecedentes de la STJUE de 27 de octubre de 2016 (Sala 3ª), *Child and Family Agency*, C-428/15

1. La Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2017 (Sala 3ª), *Child and Family Agency*, C-428/15, se enfrenta a varias dudas de interpretación del mecanismo excepcional de *forum non conveniens* del artículo 15 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, 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. En el caso, resuelve una cuestión prejudicial suscitada por la *Supreme Court* de Irlanda (*Tribunal Supremo*) en la sustanciación del recurso interpuesto por la madre en el marco de un proceso de acogimiento del menor de sus hijos nacido en Irlanda, iniciado por los servicios sociales irlandeses. La resolución recurrida es una sentencia dictada por la *High Court* irlandesa (Tribunal Superior de Justicia), a instancia de la *Child and Family Agency* (Agencia para la infancia y la familia, Irlanda), por la que, después de haberse dispuesto el acogimiento familiar provisional del menor y el consiguiente régimen de visitas de la madre, se accede a la petición de la Agencia irlandesa de remitir el conocimiento del asunto al tribunal competente de Inglaterra y Gales, donde había vivido la madre y donde se había acordado el acogimiento de otro de sus hijos con anterioridad al traslado de la madre a Irlanda.

1. Hechos

2. Con anterioridad a su traslado a Irlanda, la Sra. D., nacional del Reino Unido, vivía en el Reino Unido y allí nació su primer hijo, que en el año 2010 fue internado en un establecimiento en régimen de acogida, tras diagnosticársele a la Sra. D. un trastorno de personalidad de tipo antisocial y haberse constatado que había ejercido violencia contra el hijo.

3. En agosto de 2014 y embazada de su segundo hijo, la Sra. D. se sometió a una evaluación prenatal llevada a cabo por los servicios sociales británicos. El informe, aunque arrojó varios aspectos positivos de la madre (muestras de afecto hacia el hijo mayor, actitud positiva ante la llegada del segundo hijo, disposición a colaborar con los trabajadores sociales, capacidad para mantener una vivienda a largo plazo), terminaba considerando que el nuevo hijo debía ser entregado a una familia de acogida desde su nacimiento, a la espera de una ulterior adopción.

4. Ante estas circunstancias, la Sra. D. resolvió su contrato de arrendamiento, liquidó sus per tenencias y, en el mes de septiembre, se estableció en Irlanda, donde nació su segundo hijo al cabo de pocas semanas.

5. Ya en Irlanda, la agencia irlandesa competente en materia de protección del menor solicitó a la *District Court* (Tribunal de Distrito, Irlanda) que dictara una orden de acogimiento del niño recién nacido. En primera instancia la solicitud fue denegada por estar basada en pruebas inadmisibles, consistentes en declaraciones indirectas procedentes del Reino Unido. En vía de recurso, sin embargo, la solicitud prosperó y el tribunal dispuso la guarda provisional del menor en una familia de acogida –que ha venido renovándose periódicamente– y el establecimiento de un régimen de visitas en favor de la madre, que Dña. D. ha venido cumpliendo.

6. En estas circunstancias, la *Child and Family Agency* se ha dirigido a la *Hight Court* de Irlanda (Tribunal Superior de Justicia, Irlanda) para solicitarle que remita el conocimiento del asunto a la *Hight Court of Justice* de Inglaterra y Gales (Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003.

7. La *Hight Court* de Irlanda, mediante sentencia de 26 de marzo de 2015, ha autorizado a la Agencia irlandesa a solicitar a la *Hight Court of Justice* de Inglaterra y Gales que se declare competente para conocer del fondo del asunto. Esta sentencia ha sido recurrida por la Sra. D. ante la *Supreme Court* (Tribunal Supremo, Irlanda), de Irlanda, que es el tribunal que plantea la presente cuestión prejudicial.

2. Planteamiento de la cuestión prejudicial

8. Sometida a la consideración de la *Supreme Court* irlandesa la sentencia que autoriza a la agencia administrativa irlandesa de protección del menor a instar ante la *Hight Court of Justice* de Inglaterra y Gales su declaración de competencia en el asunto de referencia, el alto tribunal ha decidido suspender el recurso y plantear las siguientes seis cuestiones prejudiciales:

- “1) *¿Es aplicable el artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003 a los recursos en materia de protección de menores que tengan su fundamento en el Derecho público, interpuestos por una autoridad local de un Estado miembro, en caso de que, si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro se declara competente, sea preciso que otra autoridad inicie un nuevo procedimiento, con arreglo a una normativa legal diferente y, con cierta o toda probabilidad, constituido por circunstancias fácticas diferentes?*
- 2) *En caso afirmativo, ¿en qué medida, en su caso, debe tener en cuenta un órgano jurisdiccional la eventual repercusión de que se acepte una solicitud formulada al amparo del artículo 15 en la libertad de circulación de las personas afectadas?*
- 3) *Si el concepto de “interés superior” del menor contenido en el artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003 únicamente guarda relación con la decisión sobre la competencia jurisdiccional, ¿qué elementos puede tener en cuenta un órgano jurisdiccional respecto a dicho concepto que no hayan sido ya considerados para determinar si otro órgano jurisdiccional está “mejor situado”?*
- 4) *A los efectos del artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003, ¿puede un órgano jurisdiccional tener en cuenta el Derecho sustantivo, las normas procedimentales o la práctica judicial del Estado miembro pertinente?*
- 5) *A los efectos del artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003, ¿en qué medida debe tomar en consideración un órgano jurisdiccional nacional las circunstancias concretas del caso, incluido el deseo de una madre de eludir la competencia de los servicios sociales de su Estado de origen, que la lleva a trasladarse para dar a luz a su hijo a otro país cuyo sistema de servicios sociales considera más favorable?*
- 6) *¿Qué elementos concretos debe apreciar un órgano jurisdiccional nacional para determinar qué órgano jurisdiccional está mejor situado para conocer del asunto?”.*

II. Análisis de la STJUE de 21 de junio de 2016

9. La sentencia comprende el análisis de tres cuestiones relativas al artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003, a saber: 1ª) el ámbito de aplicación material del mecanismo del artículo 15 del Reglamento 2201/2003, rubricado “Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto”; 2ª) las pautas de interpretación autónoma de los conceptos de “tribunal mejor situado” e “interés superior del menor”, de los que depende la aplicación del particular *forum non conveniens* del artículo 15 que nos ocupa; y 3ª) el examen –en la decisión jurisdiccional– de la eventual incidencia que la remisión del asunto podría tener en el derecho de libre circulación del menor y de otras personas afectadas.

Por este orden –que no se corresponde con el articulado en la cuestión prejudicial– pasamos a examinarlas. Pero, antes y para situarlas convenientemente, importa recordar en qué consiste la doctrina

del *forum non conveniens* y en qué precisos y particulares términos regula este mecanismo el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 en su ámbito de aplicación.

1. La doctrina sobre el *forum non conveniens*

A) Su función en los sistemas de *common law*

11. Desconocido en los sistemas continentales de *civil law* como el nuestro, el *forum non conveniens* es una doctrina frecuente en los sistemas de *common law* que consiente al tribunal legalmente competente abstenerse de ejercer su jurisdicción y declinar el conocimiento del asunto si aprecia que existe una jurisdicción más apropiada o en mejores condiciones para resolver el caso que él mismo, al que apunta la norma de competencia¹.

Se trata de una figura alejada de los tradicionales medios de control procesal de la jurisdicción y la competencia a los que estamos acostumbrados los países de tradición civilista. En general, la doctrina del *forum non conveniens* tiene en común en los países en los que se aplica el constituir un mecanismo de abstención jurisdiccional de carácter discrecional por el que, de oficio o –más frecuentemente– a instancia de parte, el tribunal *competente* rechaza entrar a resolver el asunto por reputarse *menos adecuado* o *non conveniens* en comparación con otro que, por tener mayor vinculación o puntos de conexión con el asunto planteado, reputa *adecuado* o *conveniens*. Dicho esto, hay que añadir que en algunos ordenamientos, como en Inglaterra o en Canadá, su estimación conduce a la *suspensión* del proceso hasta que se entable el proceso ante el tribunal designado como más apropiado, mientras que en otros sistemas, como en EE.UU., el *forum non conveniens* conduce a una *desestimación* (*dismissal*) de la demanda (sin entrar, no obstante, en el fondo del asunto).

12. Nacida en ciertas prácticas del Derecho escocés de mediados del siglo XIX, la doctrina del *forum non conveniens* se extiende en la actualidad –entre otros– a Inglaterra, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y, sobre todo, a los EE.UU., donde en los años 30 del siglo pasado dejó de estar circunscrita al Derecho marítimo. Allí esta doctrina ha experimentado un desarrollo exponencial en las últimas décadas, en paralelo a la internacionalización de los productos y servicios de la industria –especialmente, aeronáutica– norteamericana. No obstante, en estos ordenamientos, la doctrina del *forum non conveniens* no se aplica solo a litigios transnacionales; también y, sobre todo, se aplica a aquellos domésticos, como muestra el también norteamericano 28 U.S.C. § 1404, relativo al cambio de tribunal².

¹ Sobre el *forum non conveniens* en coordenadas o en idioma español, *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS, *El "forum non conveniens" y su adaptación al ámbito Europeo*, Valencia, 2011, y “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair”, en Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 592 y ss.; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario. Reflexiones en torno al *forum non conveniens*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 94, 2000, pp. 99 y ss, disponible en <http://eprints.ucm.es/7013/1/FNC.pdf>; C. LORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Forum non conveniens” revisited: el caso Spanair”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2011), vol. 3, nº 2, pp. 267-281, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1336/557>; y D. B. FURNISH, “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la Administración de justicia”, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 321 y ss. Fuera de ella, la literatura sobre el *forum non conveniens* es desbordante. Puede consultarse A. REUS, “Judicial discretion: a comparative view of the doctrine of *Forum Non Conveniens* in the United States the United Kingdom, and Germany”, en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, rev. 455 (1994), disponible en <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol16/iss2/10>; W. KENNET, “Forum Non Conveniens in Europe”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 54, No. 3 (Nov., 1995), pp. 552 y ss., disponible en <http://www.jstor.org/stable/4508128>; R. A. BRAND Y S. R. JABLONSKI, *Forum non conveniens. History, Global Practice and Future under the Hague Convention on Choice Agreements*, Nueva York, 2007; M. PISTIS, “Forum non conveniens”, en *Judicium. Civil Procedure in Italy and Europe*, disponible en http://www.abbatescianni.eu/file_upload/p1aivarf5485sv851fgr5p5637.pdf; R.A. BRAND, “Challenges to *Forum Non Conveniens*”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 45, pp. 1003, 2013, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2288697>; A. REED, “Venue resolution and *Forum Non Conveniens*: four models of jurisdictional propriety”, en *Journal of Transnational Law and Contemporary Problems*, 2013, 22 (2), pp. 369-454, disponible en <http://nrl.northumbria.ac.uk/5978/>; y A. ARZANDEH, “The origins of the Scottish *forum non conveniens* doctrine”, en *Journal of Private International Law*, Volume 13, 2017, issue 1, pp. 130 y ss. [pre-print disponible en abierto en <https://research-information.bristol.ac.uk/files/84865968/Article.pdf>].

² El texto literal de esta disposición dice así: “(a) *For the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice,*

13. La finalidad tradicional del *forum non conveniens* ha sido la de atemperar foros exorbitantes o que, en las circunstancias del caso, puedan ser considerados opresivos, vejatorios o abusivos para quien se haya visto demandado ante una jurisdicción remota o que no presente un vínculo de conexión suficiente con el asunto. Por eso, es frecuente que en los litigios transnacionales se emplee como un freno a la técnica del *forum shopping* practicada por aquellos demandantes que buscan, con la elección del tribunal ante el que interponen su demanda, obtener una ventaja adicional que pueda reputarse inicua.

14. No obstante, con el tiempo se ha acudido a esta doctrina con otras finalidades adicionales. Entre estos usos también habituales de la doctrina del *forum non conveniens* destacan, fundamentalmente, dos.

En primer término, los tribunales de *common law* acuden con frecuencia a ella para emplearla como límite o medida de control de las cláusulas de sumisión expresa: esto es, para chequear la existencia de vínculos suficientes entre el caso y el tribunal designado como competente en virtud de ella o, eventualmente, con el tribunal al que haya acudido el demandante en claro incumplimiento de la cláusula.

Y en segundo término, los tribunales también la aplican para resolver situaciones de litispendencia, a fin de corregir que, en la “carrera” por iniciar un proceso, termine conociendo el tribunal más remoto o menos favorable para los intereses de la justicia. Esto es, para determinar, caso por caso, el tribunal cuya competencia debe prevalecer y atraer hacia sí la sustanciación del otro proceso, en lugar de atender—como se hace en la mayor parte de los países de *civil law*— al criterio temporal o cronológico que otorga la competencia al tribunal del proceso más antiguo (*lis alibi pendens*).

15. En su versión más extrema, la doctrina del *forum non conveniens* corre el riesgo de acabar convertida en una herramienta discriminatoria de protección de empresas nacionales frente a demandantes extranjeros a la búsqueda de indemnizaciones superiores a las que habitualmente ofrecería un tribunal geográficamente más próximo al actor. En este sentido, es conocida la generosidad del derecho de daños norteamericano en comparación con los estándares europeos y la atracción que ejerce sobre perjudicados extranjeros, aunque el asunto no tenga que decidirse conforme al Derecho norteamericano. La ventaja adicional del demandante con esta elección consiste, simplemente, en procurarse un tribunal habituado a unas indemnizaciones superiores a las que acostumbran establecer otras jurisdicciones. En supuestos como este, dudosamente abusivos, no puede dejar de observarse que toda aplicación facilitadora o relajada del *forum non conveniens* puede llegar a suponer una irrazonable denegación de acceso a la justicia, especialmente lacerante en el caso de demandantes extranjeros.

Para conjurar estos riesgos los tribunales de *common law* han pergeñado diversos correctivos. Los tribunales norteamericanos acuden a una ponderación de factores públicos y privados concurrentes en la determinación de su competencia³ y suelen, además, condicionar su abstención jurisdiccional a que el demandado renuncie a formular aquellas defensas que impidan al demandante el replanteamiento de su demanda ante el tribunal señalado como *conveniens* o a que en este otro Estado exista un remedio a disposición del actor que no sea manifiestamente insuficiente para los fines de la tutela pretendida.

a district court may transfer any civil action to any other district or division where it might have been brought or to any district or division to which all parties have consented.

(b) Upon motion, consent or stipulation of all parties, any action, suit or proceeding of a civil nature or any motion or hearing thereof, may be transferred, in the discretion of the court, from the division in which pending to any other division in the same district. Transfer of proceedings in rem brought by or on behalf of the United States may be transferred under this section without the consent of the United States where all other parties request transfer.

(c) A district court may order any civil action to be tried at any place within the division in which it is pending.

(d) Transfers from a district court of the United States to the District Court of Guam, the District Court for the Northern Mariana Islands, or the District Court of the Virgin Islands shall not be permitted under this section. As otherwise used in this section, the term “district court” includes the District Court of Guam, the District Court for the Northern Mariana Islands, and the District Court of the Virgin Islands, and the term “district” includes the territorial jurisdiction of each such court”.

³ Como una eventual concurrencia de leyes aplicables, el carácter lego o no del juez, la existencia de intereses locales en que la causa sea resuelta por los propios tribunales, la facilidad de acceso a las pruebas (especialmente, testificales), los vínculos de las partes con los fueros en cuestión o el ulterior reconocimiento o la ejecución de la sentencia, etc.

B) La doctrina del *forum non conveniens* en el espacio UE

16. La aplicación de la doctrina que estamos considerando en el espacio UE presenta muy serios y graves inconvenientes que van más allá de la simple comparación entre sistemas legales diferentes y de dirimir su confrontación en términos de ventajas e inconvenientes.

Lo que para una mentalidad anglosajona presenta las ventajas de su naturaleza flexible y su carácter discrecional arroja, en cambio, para una mentalidad continental, el grave inconveniente de restar certeza y previsibilidad a la predeterminación legal del tribunal competente y de abrir un margen considerable a la arbitrariedad. Y en este punto, desdeñar el peso de la tradición de los sistemas de *civil law* y de una mentalidad acostumbrada durante siglos a determinar la jurisdicción y la competencia de los tribunales en razón de fueros legales predeterminados y objetivos, puede ser un error.

17. En la materia que estamos considerando no sólo está en juego el *principio de legalidad* que impera en los sistemas jurídicos continentales y, con él, el alto grado de seguridad jurídica que estos ordenamientos garantizan; antes, está en cuestión el *carácter imperativo* o *necesario* que presenta el ejercicio de la jurisdicción, como noción vinculada a la idea de soberanía estatal.

La doctrina del *forum non conveniens* matiza y aun contradice mucho esta idea, en cuanto el tribunal *competente*, esto es, el que *debe* resolver el asunto según las normas de competencia, tiene en su mano, empero, la facultad de rechazar su conocimiento por reputarse menos adecuado para conocer que otro. Con ello, el ejercicio de la jurisdicción en asuntos civiles se tiñe, si no de *subjetividad*, sí –desde luego– de *relatividad*, como muestra la feliz expresión acuñada en los años 30 por el juez del Tribunal Supremo de los EE. UU. Sr. Brandeis, en apoyo de la doctrina del *forum non conveniens*, en la sentencia del caso *Canada Malting Co. Ltd. v. Paterson Steamships, Ltd.* [285 U.S. 413, 422-23 (1932)], reiterada, de nuevo, en la del caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* [330 U.S. 501, 504 (1947)]: “*obviously, the proposition that a court having jurisdiction must exercise it is not universally true*”.

18. Por otro lado, aunque el *forum non conveniens* arrojase –como *debería*– resultados predecibles y no arbitrarios, la determinación del tribunal competente con arreglo a *criterios prefijados de carácter legal* constituye, en Europa, una garantía procesal consagrada en diversas fuentes. No está consagrado –como se comprenderá– en el artículo 6.1 CEDH ni en el artículo 14.1 PIDCP, puesto que el derecho al “*Tribunal independiente, imparcial y establecido por ley*” incluye el estatuto orgánico y competencial de los tribunales de *common law* con su característica doctrina del *forum non conveniens*. Pero sí lo encontramos reconocido como derecho fundamental en nuestro artículo 24.2 CE con la fórmula del “tribunal ordinario *predeterminado legalmente*”, sin mencionar que, por las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, el derecho de acceso a la justicia no puede verse cercenado por causas no previstas legalmente..

19. La predeterminación legal del tribunal civil competente y la obligación de ejercer jurisdicción en los supuestos que le han sido dados son nociones profundamente arraigadas en los sistemas continentales europeos. Son, de hecho, piezas básicas del propio sistema de competencia judicial internacional diseñado tanto en el Convenio de Bruselas como en los posteriores Reglamentos comunitarios nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, y nº 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativos ambos a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

20. El Convenio de Bruselas no acogió, en efecto, el *forum non conveniens* y sí, en cambio, un sistema legal de foros generales, especiales y exclusivos que se encargan de precisar los puntos de conexión que desencadenan el ejercicio *indeclinable* de la competencia civil de los tribunales UE.

La introducción del *forum non conveniens* en el Convenio llegó a estudiarse con ocasión de la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, como se recoge en el llamado *informe Schlosser*, emitido para la ocasión⁴, pero por este mismo informe sabemos que Irlanda y Reino Unido renunciaron

⁴ *Vid.* el informe Schlosser, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y

a incorporar esta doctrina a la vista de las objeciones presentadas por las delegaciones de los Estados continentales en el sentido que hemos señalado, esto es: que “*los Estados contratantes no solamente están autorizados a ejercer su jurisdicción en las condiciones previstas en el Título II, sino que están obligados además a hacerlo*”; y que “*el demandante debe saber con certeza que el tribunal que está conociendo del asunto es competente y no debe perder tiempo y dinero para descubrir al final que el tribunal al que se había dirigido se considera menos competente que otro*”.

21. En el mismo sentido, el TJUE ha tenido ocasión de rechazar en, al menos, dos ocasiones la doctrina del *forum non conveniens* seguida en Inglaterra y Gales: primero, en la STJUE (Pleno) de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, relativa a una situación de litispendencia resuelta con arreglo al claro y preciso criterio cronológico que establece la norma europea, y no con base en criterios de oportunidad, como la duración y el coste de cada proceso o la mala fe del demandante del primer proceso; y, sobre todo, en la más conocida STJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2005, asunto C-281, *Andrew Owusu v. N.B. Jackson*, en la que se rechazó abiertamente toda aplicación del *forum non conveniens* en el sistema comunitario de determinación de la competencia judicial civil internacional (aunque abrió la puerta a que la materia de arrendamientos vacacionales dejara de estar sometida a un foro imperativo en determinadas circunstancias).

22. En ambas sentencias está claramente establecido que el conjunto de normas de la competencia judicial civil en el ámbito UE constituye un sistema *vinculante* de competencia que todos los tribunales de los Estados miembros tienen que respetar y quedan obligados a ejercer, sin que ninguna de sus disposiciones les permita dejar de reputarse competente so pretexto de que existe un fuero más apropiado para conocer del litigio que aquel al que apunta la norma comunitaria. El fallo de la STJUE del caso Owusu es terminantemente claro: nuestro texto (en el caso, el CB, por razones cronológicas) “*se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante decline la competencia que le confiere el artículo 2 de dicho Convenio por considerar que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un fuero más adecuado para conocer del litigio de que se trate, aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se plantee o el litigio no tenga ningún punto de conexión con otro Estado contratante*”.

23. Esto no obstante, en el año 2010, con ocasión de la revisión del Reglamento nº 44/2001, se volvió a sugerir como conveniente la introducción de una solución intermedia de *forum non conveniens*. En concreto, el Parlamento Europeo propuso que se introdujera una fórmula para que “*los tribunales de un Estado miembro competentes para conocer sobre el fondo suspendan el procedimiento si consideran que un tribunal de otro Estado miembro o de un Estado tercero está mejor situado para conocer del asunto o de una parte del mismo, lo que haría posible que las partes presenten una demanda ante tal tribunal o que el tribunal que conoce del asunto se lo transfiera con el acuerdo de las partes*”⁵.

Este paso, con el alcance general que supondría su introducción en un reglamento como el nº 44/2001, no se dio finalmente en la elaboración del Reglamento nº 1215/2012 y no parece que, por el momento, vaya a darse, por lo menos con el alto grado de subjetividad que entraña la doctrina del *forum non conveniens* en el *common law*. Esta afirmación tiene su fundamento en los mecanismos similares de *forum non conveniens* que sí se han introducido en materias específicas y cuya aplicación se encuentra modulada por la concurrencia de requisitos y condiciones predeterminados y de tipo objetivo.

24. Uno de estos ejemplos “europeizados” de *forum non conveniens* lo suministra el artículo 6.a) del Reglamento (CE) nº 650/2012, en cuya virtud el tribunal con competencia para resolver la sucesión puede, a instancia de parte, declinar su conocimiento y abstenerse en favor de un tribunal prefijado por

mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, DO 1979, C 59, apdos. 76 a 81., dedicados a los problemas de compatibilidad del *forum non conveniens*, de donde se extraen las citas del texto principal.

⁵ *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE CE 308/36 de 20 de octubre de 2011, espec. apdo. 14.

la propia norma: los de aquel Estado UE cuya ley material haya sido elegida por el causante para regir la sucesión y “que estén en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión habida cuenta de las circunstancias prácticas de esta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes”.

Otro ejemplo, tomado de los artículos 8 y 9 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, lo proporciona el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003, sobre el que se pronuncia la sentencia que nos ocupa.

2. Regulación del *forum non conveniens* del artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003

A) El artículo 15 en el sistema de la competencia diseñado por este instrumento

25. El artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 constituye, de entrada, una norma de carácter excepcional en varios sentidos.

Por un lado, es excepcional porque representa una fórmula de *forum non conveniens* muy poco frecuente en el ordenamiento procesal europeo. A causa de este carácter extraordinario, el propio artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 ha adoptado una fórmula *reglada* de *forum non conveniens* en cuanto a la predeterminación de los presupuestos que activan la abstención jurisdiccional y al abanico de tribunales que pueden ser reputados *conveniens*, además de coordinar la abstención del primer tribunal con la competencia que tiene que afirmar el segundo antes de que la competencia le sea finalmente transferida para que no exista un “vacío” en la competencia del tribunal.

Muy oportunamente, ÁLVAREZ GONZÁLEZ –que se ha ocupado de comentar esta misma sentencia– retrata esta fórmula como una “*rara avis* procesal en el sistema procesal de la UE que recuerda a la idea de *forum conveniens / non conveniens*, de la que, por otro lado, se separa en virtud de su naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al Tribunal normalmente competente”⁶.

26. Pero también es excepcional por otro motivo: porque la norma del artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 constituye, en el sistema de competencia diseñado por este reglamento, una excepción a la regla general que atribuye la competencia en los asuntos de responsabilidad parental al tribunal de la residencia del menor al tiempo de interponerse la demanda (artículo 8) o hasta que –en los supuestos de sustracción de menores, especialmente regulado en los artículos 9 y 10– el menor adquiera una residencia habitual en otro Estado miembro.

El considerando 12 con el que se abre el Reglamento explica que sus normas de competencia “*están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental*”.

27. A falta de determinación de la residencia habitual del menor y si el órgano jurisdiccional tampoco pudiera afirmar la competencia en virtud de un proceso matrimonial pendiente, la competencia está dada a los tribunales del Estado UE donde “esté presente el menor” (artículo 13). Si tampoco de esta forma pudiera deducirse la competencia de ningún tribunal UE, el artículo 14 del Reglamento nº 2201/2003 permite acudir, en cada Estado UE, a su legislación nacional.

28. Pues bien, tras todas normas generales y especiales, llegamos al artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003, que el considerando 13 nos presenta de esta forma: “*para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. Ahora bien, en este caso no se debe autorizar al órgano jurisdiccional al que se remitió el asunto a remitirlo a su vez a un tercer órgano jurisdiccional*”.

⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, en *La Ley Unión Europea*, nº 43, 30 de diciembre de 2016, separata electrónica.

B) La norma especial del artículo 15, sobre “remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto”

29. Bajo la rúbrica de “remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto” y con cierta extensión y prolijidad de detalles, el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 regula la excepcional posibilidad de que el tribunal competente decline su competencia en favor de otro tribunal de un Estado UE en los siguientes términos:

“1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor:

- a) suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, o*
- b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5.*

2. El apartado 1 se aplicará:

- a) a instancia de parte, o*
- b) de oficio, o*
- c) a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, a tenor del apartado 3.*

No obstante, para que la remisión pueda efectuarse de oficio o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, será preciso el consentimiento de al menos una de las partes.

3. Se considerará que el menor tiene una vinculación especial con un Estado miembro, a los efectos del apartado 1, si:

- a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1, o*
- b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro, o*
- c) el menor es nacional de dicho Estado miembro, o*
- d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o*
- e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.*

4. El órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto establecerá el plazo en el que deberá presentarse la demanda ante los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro, con arreglo al apartado 1. Si no se presenta demanda ante los órganos jurisdiccionales en dicho plazo, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó seguirá ejerciendo su competencia con arreglo a los artículos 8 a 14.

5. Los órganos jurisdiccionales de este otro Estado miembro podrán declararse competentes en el plazo de seis semanas a partir de la fecha en que se les haya presentado la demanda en virtud de las letras a) o b) del apartado 1 si, por las circunstancias específicas del asunto, ello responde al interés superior del menor. En este caso, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó inicialmente la demanda deberá inhibirse. De lo contrario, será competente el órgano jurisdiccional en el que primero se presentó la demanda, de conformidad con los artículos 8 a 14.

6. Los órganos jurisdiccionales cooperarán a efectos del presente artículo, directamente o a través de las autoridades centrales designadas de conformidad con el artículo 53.”

30. Como fácilmente se advierte, el artículo 15 del Reglamento contiene muchas prevenciones para desencadenar la aplicación de este mecanismo de remisión o transferencia de la competencia a favor de un *forum conveniens* (siempre en el espacio UE). Muchas más, desde luego, que los artículos 8 y 9 del Convenio de la Haya de 1999, de donde está tomado, pues a diferencia de este convenio, el artículo 15 condiciona su aplicación a tres presupuestos y, además, se encarga de definir el primero. Lo que exige el artículo 15 para declinar la jurisdicción internacional en favor de un tribunal *conveniens* de otro Estado UE es: 1º) que el menor tenga una *vinculación especial* con ese otro tribunal de un Estado UE, en el sentido –prefigurado normativamente– de que se haya convertido en el de su *residencia habitual* después de la interposición de la demanda, o que el menor *haya residido* de manera habitual en él, o que sea el menor *nacional* de dicho Estado, o que sea el lugar de residencia habitual de un *titular de la responsabilidad parental*, o que, en fin, el asunto se refiera a medidas tuitivas de los *bienes* del menor situados en su territorio; 2º) que este otro tribunal que presenta la “vinculación especial” esté *mejor situado para conocer* del asunto o de parte de él que el órgano jurisdiccional que ya conoce del asunto; y 3º) que la remisión del asunto a ese otro órgano jurisdiccional responda al *interés superior del menor*.

Solo entonces puede el tribunal inicialmente competente dar comienzo al incidente dirigido a declinar su jurisdicción, bien suspendiendo el proceso o parte de él para invitar a las partes a que –en el plazo que señale al efecto– presenten una demanda ante los tribunales reputados convenientes, o bien solicitando al tribunal de este otro Estado que ejerza su competencia (aptdo. 1 del artículo 15 del Reglamento). En ambos supuestos todavía es necesario que el tribunal señalado como *conveniens* considere que, por las circunstancias específicas del asunto, la remisión del asunto responde al *interés superior del menor* y, en consecuencia, proceda a declararse competente en el plazo de seis semanas; en otro caso, la competencia seguirá correspondiendo al tribunal del proceso más antiguo (aptdo. 5 del artículo 15 del Reglamento).

31. Por la prefiguración legal del *forum conveniens* a favor del cual puede declinarse la competencia, algún autor ha considerado que más que ante una manifestación de *forum conveniens / non conveniens*, el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 nos coloca ante foros *alternativos*⁷. Sin embargo, los foros alternativos funcionan de forma muy distinta y en momentos también muy diversos de lo que se establece en este artículo 15. Los foros alternativos presentan carácter *voluntario* para *el actor*, a cuyo favor establecen una verdadera *optio fori*. Y esta *optio fori* es incompatible con que el tribunal –de oficio– o el demandado –a instancia de parte– cuestionen la elección del tribunal competente efectuada por el demandante al interponer su demanda para que la competencia la asuman los tribunales de otro lugar. Más bien, el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 es –como se ha dicho– una concreción de *forum conveniens* de carácter reglado y de naturaleza cooperativa bilateral.

3. Ámbito de aplicación material del *forum non conveniens* del artículo 15 del Reglamento 2201/2003

32. La primera cuestión elevada por el tribunal irlandés al TJUE es la de si el transcrito artículo 15, además de operar en relación con un procedimiento civil de carácter judicial, puede también hacerlo en relación con uno administrativo en materia de protección de menores regulado por el Derecho público, que, además, en el Estado reputado como *conveniens* requiera que una autoridad distinta de la judicial inicie un procedimiento nuevo que, con cierta probabilidad, comprenderá circunstancias fácticas diferentes de las del primer proceso entablado ante el tribunal declinante.

33. Esta primera cuestión, tal y como señaló oportunamente el Abogado General Sr. M. Wathelet en las conclusiones presentadas en este asunto⁸, comprende varios extremos diversos.

⁷ Así, A. BORRÁS, (“De “Bruselas II” a “Bruselas II bis”... ¿o a “Bruselas II plus”?”), en *Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Sevilla, 2005, p. 246.

⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 16 de junio de 2016. C428/15 Child and Family Agency contra J. D. (ECLI:EU:C:2016:458).

A) La irrelevancia del carácter jurídico-privado o administrativo de las medidas de protección del menor en el Estado del *forum conveniens*

34. El primer extremo es el de si el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 comprende también los recursos en materia de protección de menores que tengan su fundamento en el Derecho público. La respuesta del TJUE es que, siempre que verse sobre la materia “civil” de responsabilidad parental tal y como viene interpretada por el TJUE, no existe problema en que el artículo 15 y su peculiar mecanismo de remisión de la competencia se aplique a un asunto que, conforme al Derecho nacional, se encuentre regulado por el Derecho público, aunque el procedimiento no sea formalmente judicial, sino administrativo.

35. El TJUE considera que, pese a que el artículo 15 del Reglamento y el resto de las normas de competencia de este instrumento se refieren continuamente al “órgano jurisdiccional del Estado miembro”, lo determinante es que el asunto comprenda la adopción de medidas de “responsabilidad parental” en el sentido que el propio TJUE se ha encargado de *ensanchar* en tres sentencias precedentes: la STJUE (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007, C., C-435/06, la STJUE (Sala 3ª) de 2 de abril de 2009, A., C-523/07, y la STJUE de 26 de abril de 2012, *Health service Executive y S. C., A.C.*, C-92/12.

36. El punto de partida es que, conforme al artículo 1.1.b) del Reglamento nº 2201/2003, las reglas de competencia se aplican a las “materias civiles relativas (...) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”, entendida esta como comprensiva de “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor” (artículo 2, punto 7).

37. Sin embargo, la conceptualización como “civil” de las medidas de responsabilidad parental quedan muy desdibujadas desde el momento en que –como se encarga de recordar esta sentencia– “*el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que las normas de competencia establecidas por el Reglamento nº 2201/2003 en materia de responsabilidad parental deben interpretarse, a la luz del considerando 5 del Reglamento, en el sentido de que son aplicables en los asuntos de responsabilidad parental que tengan por objeto la adopción de medidas de protección del menor, incluido el caso de que se consideren, con arreglo al Derecho interno de un Estado miembro, pertenecientes al ámbito del Derecho público*” (aptdo. 32).

38. Para el TJUE lo fundamental es que *todas* las resoluciones en materia de responsabilidad parental queden comprendidas en el ámbito material de este Reglamento y, en consecuencia, concluye que “*el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 es aplicable a un recurso en materia de protección de menores interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro que tenga su fundamento en el Derecho público y esté dirigido a la adopción de medidas relativas a la responsabilidad parental*” (aptdo. 33).

B) La irrelevancia de las normas procesales nacionales que impidan el efecto de declinar la competencia con arreglo al artículo 15 del Reglamento

39. El segundo aspecto también comprendido en la primera cuestión prejudicial se refiere a la relevancia que puedan tener, a los efectos de aplicar el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003, las exigencias que imponga la legislación nacional del Estado al que apunta el *forum conveniens* para iniciar un proceso.

El mayor escollo se refiere a las normas nacionales de *legitimación activa* que supeditan el inicio del proceso a que se presente una demanda por sujetos *determinados* que *no* actúan como parte en el proceso que se sigue ante el tribunal declinante. Pero el problema también se plantea con la cuestión de si ese segundo proceso ha de circunscribirse a los hechos que se examinan en el primero o si, por el

contrario, el tribunal del *forum conveniens* puede también tomar en consideración circunstancias fácticas diferentes.

40. La primera cuestión nos coloca ante la relevancia –en el caso– de que la demanda del proceso ante los tribunales del Reino Unido (al que apunta el eventual *forum conveniens*) deba interponerla, con arreglo al derecho nacional, un organismo local de protección de menores sin que esté prevista la legitimación de la autoridad o del órgano jurisdiccional irlandeses, pese a que estos son los sujetos cuya iniciativa menciona el artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003.

Se trata de un aspecto importante porque son muchas las legislaciones nacionales que en materia de procesos relativos a estado civil de las personas, filiación y similares, restringen el círculo de sujetos activamente legitimados a ciertas personas, como los cónyuges o asimilados, parientes hasta cierto grado, el Ministerio Fiscal, etc⁹.

La legitimación en estos casos especiales –normalmente, asociados al ejercicio de acciones constitutivas y de posible eficacia *erga omnes*– presenta la peculiaridad de que sin la iniciativa de estos sujetos precisos no cabe que el proceso se inicie o, por lo menos, que –iniciado– se desenvuelva normalmente hasta la sentencia de fondo; es decir, son supuestos en los que, apartándose de la regla general de que la falta de legitimación deba examinarse en la resolución de fondo, su falta puede llegar a considerarse un óbice procesal que impide el desarrollo del proceso mismo, que cabe valorar ya *ab initio* como absolutamente inútil o sumamente perturbador si no lo inicia alguno de los precisos sujetos a los está dada esta prerrogativa.

41. Pues bien, el examen que esta cuestión recibe en la sentencia que nos ocupa es bastante pobre y se mezcla con otra cuestión que solo es tangencialmente conexas, como es la irrelevancia de que el proceso subsiguiente que se siga ante el *forum conveniens* tenga un objeto procesal idéntico.

42. Para el TJUE, el aptdo. 1 del artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 solo condiciona la declaración de competencia del tribunal del segundo Estado “*a la condición de que, bien las partes en el asunto, bien el órgano jurisdiccional de este primer Estado miembro hayan presentado una demanda ante el órgano jurisdiccional de que se trate*” (aptdo. 34 de la sentencia); esto es, respeta el llamado *principio de justicia rogada* y exige que la demanda provenga bien de las partes bien del tribunal primer proceso.

Ni más ni menos pide el artículo 15 del Reglamento y así se encarga de resaltarlo el TJUE en la sentencia: “*ni de este artículo ni de ningún otro del Reglamento nº 2201/2003 se desprende que tal demanda, presentada por las partes en el asunto o por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro al que normalmente correspondería la competencia, esté supeditada a un requisito de procedimiento adicional al contemplado (...)*”.

43. En este punto hay que mencionar que el Abogado General Sr. Bathélet consideró quedaba fuera del supuesto de hecho del artículo 15 del Reglamento el caso de que el proceso seguido en el *forum conveniens* estuviera entablado por un sujeto diverso de las partes y del tribunal del primer proceso; este supuesto, a su parecer, quedaba fuera del ámbito del artículo 15 del Reglamento nº 2201/2003 (aptdos. 54 a 57 de sus conclusiones).

44. Por el contrario, para el TJUE –y por mor del principio de efectividad del Derecho comunitario, aunque no se le mencione– las normas procesales nacionales que circunscriben la legitimación activa a determinados sujetos o que exigen que el procedimiento sea diferente a otro incoado con anterioridad, no obstan a la aplicación del artículo 15 del Reglamento.

En contra de –digamos– la cronología que se representa el Abogado General, el artículo 15 opera, para el TJUE, *antes* que las normas procesales nacionales y, por lo tanto, estas no deben impedir ni que el

⁹ Ejemplo de ello son, en nuestro ordenamiento, la legitimación en las acciones de estado para determinar o impugnar la filiación (artículos 131 y ss. CC), instar la separación (artículo 81 CC), el divorcio (artículo 86 CC) o la nulidad del matrimonio (artículos 74-76 CC), o para promover la declaración de incapacidad o de prodigalidad de una persona (artículo 757 LEC) o la reintegración de su capacidad (artículo 761.2 LEC).

tribunal del primer proceso decline su competencia, ni que el tribunal del segundo –al amparo del artículo 15.5 del Reglamento– se declare competente en atención al interés superior del menor. Como ha observado ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la visión que adopta el TJUE “se corresponde con la descripción que se hace del procedimiento principal: el Tribunal irlandés invita a la *Agency* a que solicite al órgano británico *que se declare competente*: no a que interponga ante él una demanda equivalente a la interpuesta en Irlanda”¹⁰.

45. Queda así dicho en la STJUE que nos ocupa que “una norma de procedimiento nacional (...) no puede ser considerada un obstáculo para la adopción de la resolución mediante la cual el órgano jurisdiccional normalmente competente de este primer Estado miembro haya solicitado la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (...), ni de la resolución por la que ese otro órgano jurisdiccional se haya declarado competente conforme al apartado 5 del mismo artículo, puesto que únicamente se aplicará con posterioridad a que se dicten tales resoluciones” (aptdo. 36 de la sentencia).

46. Esta cuestión se mezcla con otra apuntada por el Abogado General Sr. Wathelet en sus conclusiones (aptdos. 41, 42 y 46), en el sentido de que el artículo 15 del Reglamento ni exige ni excluye que penda ya ante los órganos del Estado *conveniens* un proceso de responsabilidad parental. La sentencia, sin embargo, no se plantea este supuesto (no sabemos si a causa de un posible carácter especulativo en el caso planteado o, con mayor seguridad, por los problemas de litispendencia a que daría lugar) y solo se refiere a la interposición *posterior* de un nuevo proceso ante el ya declarado *forum conveniens*.

Esta idea se recoge en el aptdo. 37 de la sentencia, donde se enuncia que “el artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 no obsta a que la incoación de un nuevo procedimiento por la autoridad del otro Estado miembro dé lugar a que, en su caso, el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro tenga en cuenta circunstancias fácticas diferentes de las consideradas por el órgano jurisdiccional inicialmente competente. Bien al contrario, tal hipótesis es inherente al mecanismo de remisión a un órgano jurisdiccional que esté mejor situado, mecanismo que ha sido instituido por este artículo”.

47. Con lo dicho puede afirmarse que el TJUE ha situado el mecanismo de remisión del artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 dentro de las coordenadas más amplias posibles, en el sentido de que el proceso que haya de seguirse ante el *forum conveniens* no tiene, con anterioridad a la interposición de la demanda, prefigurado su objeto a los términos en que fue planteado el asunto ante el tribunal declinante.

El objeto de ese segundo proceso vendrá determinado por esa demanda rectora del proceso mismo, sin que al artículo 15 del Reglamento se le pueda dar un sentido restrictivo de la competencia del tribunal *conveniens*. Más bien, como dice la sentencia, sucede exactamente lo contrario, por lo que no es posible decir que el proceso “continúe” ante el tribunal más adecuado. Dicho en otros términos, al tribunal del *forum conveniens* le resulta transferida la *competencia*, no el *proceso*.

4. Examen de los presupuestos que desencadenan la remisión de la competencia y sus claves de interpretación

48. Tras despejar las anteriores dudas sobre el ámbito de aplicación del artículo 15 del Reglamento, el TJUE sitúa los requisitos de aplicación del mecanismo de remisión de la competencia en el contexto del “interés superior del menor” que guía y vertebra el Reglamento n° 2201/2003 en general y las normas de competencia en particular, incluida la excepcionalísima norma de remisión del asunto del artículo 15.

A) La naturaleza excepcional de la remisión de la competencia y su interpretación restrictiva

49. Del artículo 15 del Reglamento la STJUE se encarga de resaltar “la exigencia de que la remisión de un asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado deba servir al interés superior del menor” (aptdo. 43 de la sentencia), que, en principio, supone “garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor” (aptdo. 44).

¹⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia...”, *op. loc. cit.*

50. Este principio del interés superior del menor se refleja, en materia de competencia, en el *criterio de proximidad* del tribunal en el que están fundados los criterios que la regulan (aptdo. 45) y que, como regla, la atribuyen –ex artículo. 8.1 del Reglamento– a los tribunales del Estado de *residencia habitual* del menor en el momento en que se presente el asunto ante el tribunal, como se encarga de recordar el aptdo. 46 de la sentencia. Ahora bien, el mismo principio guía el propio mecanismo de remisión de la competencia, que no puede dejar de *estar al servicio* del interés superior del menor.

51. En este sentido y puesto que todas las normas de competencia están orientadas a la consecución de la tutela del interés superior del menor, el TJUE cuida de exigir que la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro diferente al que normalmente correspondería la competencia se produzca en cumplimiento de las *condiciones específicas* que pide el propio artículo 15 y que esta remisión tenga lugar “únicamente con carácter excepcional” (aptdo. 47).

Por lo mismo, además, el artículo 15 del Reglamento debe ser objeto –dice el TJUE– de una interpretación estricta (aptdo. 48).

52. En consecuencia, el TJUE precisa que, “*en este contexto, procede interpretar el artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003 en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que sea normalmente competente para conocer de un determinado asunto, para poder solicitar la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tendrá que desvirtuar la fuerte presunción a favor del mantenimiento de su propia competencia que resulta de dicho Reglamento*” (aptdo. 49); debe –en palabras del Abogado General Sr. Wathelet– “encontrar elementos que puedan ir en contra de la fuerte presunción en favor del Estado de la residencia habitual del menor (...) sobre la base de un análisis *in concreto*” (aptdo. 90 de sus conclusiones). Y ello arroja sobre el tribunal declinante el deber de motivar en el caso concreto la concurrencia de todos y cada de los presupuestos que condicionan la aplicación del artículo 15 del Reglamento.

B) El carácter tasado de los nexos de “vinculación especial” del menor con el pretendido *forum conveniens* y la necesidad de ponderar su intensidad y preferencia

53. En primer lugar, el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro a favor del cual cabe declinar la competencia debe presentar “una vinculación especial” con el menor. Así lo pide el aptdo. 1 del artículo 15 del Reglamento y, a diferencia del concepto de “interés superior del menor”, el legislador comunitario ha definido legislativamente, en su aptdo. 3 del artículo 15 que nos ocupa, en qué ha de consistir tal vinculación.

54. En coincidencia con lo señalado por el Abogado general (aptdo. 61 de sus conclusiones), la enumeración de las “vinculaciones especiales” del menor con otro Estado UE que se recogen en el aptdo. 3 del artículo 15 no es meramente ejemplificativa y abierta, sino *tasada* o *exhaustiva*. Se trata de “*elementos enumerados, con carácter exhaustivo (...). Por consiguiente se excluyen del mecanismo de remisión los asuntos en los que no se aprecien dichos elementos*” (aptdo. 51 de la sentencia).

55. Puesto que es común a todos los elementos allí enumerados la presencia de un criterio de proximidad entre el menor y el Estado miembro diferente al apunta el criterio general de competencia, el TJUE efectúa dos precisiones sobre su interpretación.

De un lado, el conflicto entre la “proximidad general” que ofrece la residencia habitual del menor en la norma general de competencia y la “proximidad especial” que representan estos elementos de la norma especial, debe resolverse en el caso concreto de forma comparada y motivada. “*El órgano jurisdiccional competente debe comparar la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad “general” que une al menor afectado, con arreglo al artículo 8, apartado 1, de este Reglamento, con la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad “especial” demostrado por uno o varios de los elementos enunciados en el artículo 15, apartado 3, de dicho Reglamento y que exista, en el caso concreto, entre el menor y otros determinados Estados miembros*” (aptdo. 54 de la sentencia).

De otro lado, la sola “*existencia de una “vinculación especial” (...) no prejuzga necesariamente la cuestión de si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro está “mejor situado para conocer del asunto” (...), como tampoco (...) la relativa a si la remisión del asunto a este último órgano jurisdiccional responde al interés superior del menor*” (aptdo. 55). Si de *comparar* vínculos e intensidades se trata, es natural que la presencia de alguno de estos nexos especiales del aptdo. 3 del artículo 15 no colme automáticamente las exigencias de estos otros requisitos de la “mejor situación para resolver el asunto” y de la mejor tutela del “interés superior del menor”.

56. Téngase en cuenta que cuando el TJUE se refiere al vínculo de proximidad “general” se está refiriendo al supuesto general de competencia basada en la residencia habitual del menor con arreglo al artículo 8.1 del Reglamento. Sin embargo, su doctrina lo mismo vale para el supuesto en el que la competencia del tribunal esté basada en algún otro criterio del Reglamento, como sucede, por ejemplo, en los muy frecuentes procesos matrimoniales en los que corresponde resolver también cuestiones de responsabilidad parental con arreglo al artículo 12 del Reglamento.

57. Por lo demás, como se ha apuntado, para el TJUE el nexo de “vinculación especial” es requisito *necesario* pero *no* suficiente para que el tribunal competente pueda declinar su jurisdicción en favor de un órgano jurisdiccional de otro Estado UE.

C) El examen de la “mejor situación para resolver el asunto” del tribunal especialmente vinculado con el menor

58. También corresponde al órgano jurisdiccional competente –dice el TJUE– determinar, en segundo lugar, “*si en el otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, existe un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto*” (aptdo. 56 de la sentencia).

59. Mediante la cuestión prejudicial sexta la *Supreme Court* (Tribunal Supremo) irlandesa había preguntado al TJUE, directamente, qué elementos concretos deben valorarse para determinar qué órgano jurisdiccional está “mejor situado para conocer del asunto”. La respuesta del TJUE, que obra al aptdo. 57 de la sentencia, proporciona los elementos de interpretación útiles de este presupuesto e incluye también la mención de los elementos que *no* deben considerarse en la aplicación del artículo 15.

60. Así, en sentido positivo, la sentencia sostiene que la “mejor situación para resolver el asunto” pasa por “*determinar si, con respecto a la hipótesis de que mantiene su competencia, la remisión del asunto a ese otro órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor. En este contexto, puede tener en cuenta, entre otros, las normas procesales del otro Estado miembro, como las aplicables a la obtención de las pruebas necesarias para resolver el asunto*”.

En esta línea, es oportuno mencionar que el Abogado general había mencionado como elementos relevantes –aptdo. 95 de sus conclusiones– la lengua del procedimiento, la disponibilidad de pruebas pertinentes relativas, por ejemplo, a la capacidad educativa y de mantenimiento de los progenitores, la posibilidad de citar a los testigos pertinentes y la probabilidad de que éstos comparezcan, el acceso a informes médicos y sociales y la posibilidad de actualizarlos en caso de que proceda, e incluso el plazo en que se adopte la resolución judicial. El TJUE, por la función institucional que le corresponde, no puede descender a formular una lista de aspectos específicos que deban ser objeto de examen por el tribunal *a quo*, pero sí proporciona las líneas maestras para su interpretación.

61. En sentido negativo y en respuesta a la cuarta cuestión prejudicial elevada por el tribunal irlandés, dice el TJUE que “*para llevar a cabo dicha evaluación, el órgano jurisdiccional competente no debería tener en cuenta el derecho material del otro Estado miembro eventualmente aplicable por el órgano jurisdiccional de este último, en el caso de que le fuera remitido el asunto. En efecto, la consideración de tal aspecto sería contraria a los principios de confianza mutua entre Estados miembros y de recono-*

cimiento mutuo de las resoluciones judiciales en las que se funda el Reglamento n.º 2201/2003 (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de diciembre de 2009, Detiček, C403/09 PPU, EU:C:2009:810, apartado 45, y de 15 de julio de 2010, Purruker, C256/09, EU:C:2010:437, apartados 70 y 71)”.

Queda así excluida la posibilidad –contraria al principio de confianza mutua entre Estados UE– de que el tribunal competente pueda tomar en consideración el Derecho sustantivo del otro Estado que presenta el vínculo especial con el menor. Tal y como había apuntado ya el Abogado general Sr. Bathélet, el juez “debe apreciar únicamente el *foro* más adecuado para satisfacer el interés del menor” (aptdo. 85 de sus conclusiones): “no se trata de determinar el lugar donde se obtendría la solución en cuanto al fondo más adecuada, sino de identificar el órgano jurisdiccional mejor situado para decidir esta solución” (aptdo. 86 de las conclusiones del Abogado General).

D) El examen de que la remisión de la competencia sirva al “interés superior del menor”

62. Como se ha dicho, el “interés superior del menor” constituye el valor que preside el Reglamento n.º 2201/2003. Desde esta premisa y puesto que el artículo 15 versa sobre la competencia y no sobre el fondo, el Abogado General Sr. Bathélet se había pronunciado en el sentido de considerar indisoluble el examen de los tres requisitos formalmente autónomos consistentes en la “vinculación especial” con el menor del tribunal del otro Estado miembro, su “mejor situación para conocer del asunto” y la persecución del “interés superior del menor” (aptdo. 75). Dicho de otra forma, la localización de un tribunal especialmente vinculado con el menor y en mejor situación para conocer del asunto habría de traer de suyo que la remisión del asunto a su favor redundara en la mejor protección del interés supuesto del menor.

63. El TJUE, sin embargo, proporciona un elemento de interpretación específico sobre la exigencia de que la remisión del asunto responda a esta finalidad del mejor interés del menor: que el tribunal “*se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado*” (aptdo. 58 de la sentencia).

Esta exigencia impone al tribunal que conoce del asunto, para poder declinar su competencia, una motivación especial sobre los beneficios o, cuanto menos, la falta de perjuicios previsibles que deba comportar la remisión del asunto al tribunal especialmente vinculado con el menor que se reputa en mejor situación para resolver el asunto.

64. En particular, el tribunal aporta también claves de interpretación y, en este sentido, pide al órgano jurisdiccional que valore “*la posible incidencia negativa de tal remisión sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor de que se trate*” (aptdo. 58). Y recuerda que no es irrelevante que el artículo 15 del Reglamento permita remitir solo una parte específica del asunto, lo que puede resultar oportuno cuando el vínculo de proximidad no concierna directamente al propio menor, sino a uno de los titulares de la responsabilidad parental.

5. Incidencia que la remisión del asunto pueda tener sobre el derecho a la libre circulación del menor

65. El análisis de las eventuales repercusiones negativas de la remisión del asunto sobre el menor se extiende al derecho a la libre circulación del menor por el que se pregunta, por fin, en las cuestiones prejudiciales segunda y quinta. Para el TJUE no cabe duda de que uno de los riesgos que comporta la aplicación del artículo 15 es la afectación negativa de este derecho *del menor* (aptdo. 64 de la sentencia).

66. La cuestión, en principio, debe circunscribirse al menor. “*Las consideraciones relativas a otras personas a las que pueda afectar el asunto, en principio no deben ser tenidas en cuenta, a menos que también resulten pertinentes para evaluar el riesgo del menor*” (aptdo. 65). Lo mismo cabe decir del motivo por el que la madre del menor ejerció su derecho a la libre circulación antes de presentar la demanda (aptdo. 66).

67. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no debe tener en cuenta “*ni la incidencia que la eventual remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tenga sobre el Derecho de libre circulación de las personas afectadas, con excepción del menor de que se trate, ni el motivo por el que la madre del menor ejerció tal derecho, con anterioridad a la demanda, a no ser que tales consideraciones puedan incidir negativamente en la situación del menor*” (aptdo. 67). En suma, corresponderá a la *Supreme Court* irlandesa resolver, en concreto, si la remisión del asunto a los tribunales ingleses tiene una repercusión negativa en el derecho de libre circulación del menor, ya de forma directa ya a través de la afectación al derecho de la madre del menor.

III. Conclusiones y fallo

68. El artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 se aplica, en suma, en relación con toda clase de medidas de responsabilidad parental y con independencia de la denominación civil o administrativa que reciba el procedimiento en curso y al margen también de requisitos ulteriores de legitimación procesal que la legislación interna del *forum conveniens* exija para la incoación de un proceso distinto. Para desencadenar la remisión de la competencia, el tan repetido artículo 15 requiere: 1º) que el tribunal que viene conociendo del asunto estudie en concreto la concurrencia de un nexo de vinculación especial del menor con el otro Estado, en el sentido predefinido en el apdo. 3 del precepto, y el grado de intensidad que presenta este vínculo respecto a aquel otro que liga al menor con el tribunal que conoce del asunto; 2º) que el tribunal analice los aspectos procesales y formales susceptibles de colocar al tribunal del otro Estado en “mejor situación para conocer del asunto”, en el sentido de aportar “un valor añadido real y concreto al examen del asunto”; y 3º) que el tribunal chequee que la remisión del asunto no pueda incidir negativamente en la situación personal, familiar, económica del menor, incluido su derecho a la libertad de circulación, sino que la tal remisión responde al interés superior del menor.

69. Por todo ello, la Sala 3ª del TJUE declara que:

- “1) El artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a un recurso en materia de protección del menor interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro, que tenga su fundamento en el Derecho público y esté dirigido a la adopción de medidas relativas a la responsabilidad parental, como el que es objeto del litigio principal, cuando la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiere que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento distinto del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes.
- 2) El artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003 se debe interpretar en el sentido de que:
 - para poder estimar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse de que la remisión del asunto a dicho órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto al examen del asunto, habida cuenta, en particular, de las normas de procedimiento aplicables en ese otro Estado miembro;
 - para poder estimar que tal remisión responde al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse, en particular, de que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor.
- 3) El artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro no debe tener en cuenta, al aplicar

esta disposición en un determinado asunto de responsabilidad parental, ni la incidencia que la eventual remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tenga sobre el Derecho de libre circulación de las personas afectadas, con excepción del menor de que se trate, ni el motivo por el que la madre del menor ejerció tal derecho, con carácter previo a la presentación de la demanda, a no ser que tales consideraciones puedan incidir negativamente en la situación del menor”.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS
DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
EN INTERNET: NUEVOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS
EN LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE PRODUCCIÓN
DEL DAÑO. A PROPÓSITO DE LA STJUE CONCURRENCE
VS. SAMSUNG Y AMAZON*, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016**

INTERNATIONAL JURISDICTION IN MATTER OF NON-
CONTRACTUAL LIABILITY ON THE INTERNET: NEW
CRITERIA IN DETERMINING THE PLACE WHERE
THE HARMFUL EVENT OCCURRED. ANALYZING
THE STJUE CONCURRENCE VS. SAMSUNG Y AMAZON,
OF 21 DECEMBER 2016

MARÍA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 19.01.2018 / Aceptado: 29.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4146>

Resumen: En el presente artículo se analiza el nuevo criterio jurisprudencial sentado en diciembre de 2016 por el TJUE en materia de responsabilidad extracontractual en Internet a propósito de una infracción de un contrato de distribución en exclusiva. La especial naturaleza de las relaciones jurídicas en juego sirvió en este caso para descartar los criterios de conexión empleados hasta entonces como el de accesibilidad o el de las actividades dirigidas y para fijar como foro especial el del sitio donde se sufrió efectivamente la reducción de las ventas, garantizándose el cumplimiento de los fines que persiguen estas normas así como la reducción del riesgo de *forum shopping*.

Palabras clave: Reglamento 44/2001 (y 1215/2012), responsabilidad civil extracontractual, lugar de producción del daño, contrato de distribución exclusiva.

Abstract: This article analyzes the new jurisprudential criterion established in December 2016 by the CJEU in the field of torts on the Internet in connection with an infringement of an exclusive distribution contract. The special nature of the legal relationships at stake served in this case to reject the connection criteria used until then as the accessibility and to set as a special forum the place where the reduction in sales was effectively suffered, thus guaranteeing the fulfillment of the purposes pursued by these European rules as well as reducing the risk of *forum shopping*.

Keywords: Regulation 44/2001 (and 1215/2012), non-contractual liability, place where the harmful event occurred, exclusive distribution contract.

*STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15, ECLI:EU:C:2016:976.

**Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “La armonización del proceso civil en la Unión Europea” (DER2015-64756-P), financiado por MINECO.

I. Introducción: la determinación de la competencia judicial internacional en materia civil extracontractual en el tráfico por Internet: a propósito del Asunto *Concurrence vs. Samsung*.

1. Las normas de competencia judicial han sido tradicionalmente óptimas herramientas para tutelar mejor los derechos de los justiciables, facilitándoles la ardua tarea que supone determinar qué órgano jurisdiccional ha de conocer de sus asuntos, especialmente en contextos transfronterizos. Y en este sentido es encomiable que el legislador europeo haya conseguido fijar unos parámetros únicos de competencia y jurisdicción en el Reglamento de Bruselas 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (sustituido por el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012). Su régimen se basa en la fijación de una serie de criterios que presenten un “alto grado de previsibilidad”, partiendo del fuero general del domicilio del demandado, si bien se reconocen ciertas excepciones que permiten al demandante apartarse de este criterio cuando así lo recomiende “la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio” o cuando de ese modo se facilite la “buena administración de justicia”, ya sea porque se favorezca la búsqueda de pruebas o porque se prevea un mejor desarrollo del proceso por la proximidad del litigio al lugar de los hechos. El artículo 5, que regula estos fueros especiales, abre un abanico de posibilidades que permiten al demandante acudir a tribunales distintos de los del domicilio del demandado en función de las materias que estén en juego (art. 5 del Reglamento 44/2001, sustituido por el art. 7 del Reglamento 1215/2012). El TJUE ha entendido que debe hacerse una lectura “autónoma y estricta” de estos fueros especiales (Asunto *Coty Germany*¹), que “no vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento 44/2001” puesto que, de lo contrario, podrían producirse fenómenos no deseados de *forum shopping* (o, incluso, de *law shopping*). Además, muchos de ellos no han sido objeto de una lectura unívoca y han planteado en la práctica problemas de muy diversa índole, que se escapan de lo inicialmente imaginado por el legislador, por lo que durante estos últimos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha tenido que llevar a cabo una intensa labor interpretativa. A estas dificultades se suma el hecho de que muchas de las relaciones que devienen litigiosas se canalizan por Internet, medio que se caracteriza por su “naturaleza global, plurilocalizada y frecuentemente desvinculada de un determinado lugar”², por lo que resulta más complicado fijar el foro más adecuado al caso. La Sentencia que aquí analizamos es un buen ejemplo de cómo el TJUE ha ido perfilando nuevos criterios en la interpretación de los fueros especiales en relación a materias muy distintas.

II. Claves del Asunto *Concurrence vs. Samsung*.

1. Planteamiento del caso

2. La empresa *Concurrence* realizaba actividades de venta al por menor de productos de consumo mediante tiendas en París y mediante su página web. En 2012 firmó con *Samsung* un contrato de distribución selectiva sobre productos de gama alta en el que se establecía la prohibición de vender dichos productos en Internet. *Samsung* puso fin a su relación comercial con *Concurrence* debido a que distribuía sus productos en su web. *Concurrence* demandó, por un lado, a *Samsung*, alegando que no entendía cómo se le podía imponer la prohibición de venta en Internet de dichos productos y, por otro, a *Amazon*, para que se ordenase la retirada de ciertos modelos de *Samsung* de su sitio web, que operaba en varios países europeos. Los tribunales franceses (Tribunal de Comercio de París y, posteriormente, Tribunal de Apelación de París) se declararon incompetentes para conocer de la acción relativa a los sitios web de *Amazon* que operaban fuera del territorio francés. El demandante recurrió al Supremo, quien entendió que este supuesto no encajaba en ninguno de los resueltos hasta entonces por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que decidió elevar la cuestión prejudicial que se plantea en el apartado siguiente.

¹ STJUE de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318.

² Cfr. G. PALAO MORENO, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, en J. PLAZA PENADÉS, (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y TICS*, Aranzadi, 2006, p. 280.

2. La cuestión que se le plantea al Tribunal de Justicia de la Unión: ¿Cuál ha de ser el punto de conexión que se aplique en caso de que se alegue la violación de una prohibición de comercialización que se ha materializado a través de ofertas puestas en línea en diversos sitios web explotados en distintos Estados miembros? ¿Pueden los tribunales franceses conocer de la acción que se refiere a los sitios web que operan fuera del territorio francés?

3. El Tribunal de Justicia se enfrenta a una nueva cuestión prejudicial sobre la aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 en materia extracontractual o cuasidelictual. Aunque inicialmente este apartado estaba concebido para los litigios derivados de accidentes de circulación, pronto otros muchos supuestos quedaron cubiertos bajo su ámbito de aplicación, máxime si se tiene en cuenta de que los tribunales han interpretado de forma muy generosa el concepto de daño, que cubre tanto daños físicos, pérdidas económicas así como lesiones en la reputación y el buen nombre de personas físicas o jurídicas³. El tenor literal del art. 5.3 del Reglamento es muy parco; únicamente dispone que pueden ser competentes los órganos del “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, por lo que doctrina y jurisprudencia han tenido que interpretar prolijamente su significado. Como lo había hecho hasta entonces en numerosos supuestos, el TJUE se enfrentaba en el Asunto *Concurrence* a la tarea de buscar esa “conexión particularmente estrecha” entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar del hecho dañoso que justificara la fijación de este tipo de fueros especiales. Antes que nada, debía resolver si cabía aplicar a este asunto los criterios que ya había venido sentando hasta el momento (accesibilidad, lugar de registro del derecho, etc.) o si, como consideraba el Tribunal de Casación francés, el litigio revestía tal particularidad que exigía una respuesta nueva por no encajar en “ninguno de los supuestos ya examinados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al art. 5.3 Reglamento 44/2001”.

4. Como es bien sabido, desde 1976 la jurisprudencia viene interpretando el fuero especial en materia extracontractual conforme al criterio de la ubicuidad o alternatividad, en el sentido de que el demandante puede elegir entre dos fueros que gozan del mismo peso: el del lugar donde se ha cometido el hecho lesivo y el del lugar de producción del daño⁴. En concreto, en este asunto el TJUE tuvo que pronunciarse sobre la interpretación de este segundo criterio.

3. La nueva interpretación del TJUE del art. 5.3 del Reglamento para supuestos de incumplimiento de las prohibiciones de comercialización

5. El Tribunal de Justicia lleva años interpretando la expresión legal “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” con objeto de fijar el fuero en el tribunal “objetivamente mejor situado para apreciar los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada” (F.J. 28 del caso que estudiamos, que cita Asunto *Holterman*⁵) en función de las peculiaridades que presentan los supuestos que se le plantean. A la hora de precisar el lugar de materialización del daño, el TJUE ha tenido en cuenta fundamentalmente los dos factores siguientes: “la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado” y “que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro” (F.J. 30 de la Sentencia que estudiamos, que se remite al Asunto *Hejduk*⁶).

6. Partiendo de estos criterios, se han ido delimitando por vía jurisprudencial fueros de competencia en materias muy diversas (piénsese, por ejemplo, en daños patrimoniales directos, difamaciones por prensa escrita, daños derivados de productos importados, etc.), intentando buscar la solución más adecuada a las peculiaridades de cada tipo de asunto⁷. Por su proximidad al caso que estudiamos, desta-

³ Sobre la interpretación de este concepto, véase A. DICKINSON, y E.LEIN., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, pág. 161.

⁴ Puede consultarse sobre la interpretación de la teoría de la ubicuidad, U. MAGNUS, y P.MANKOWSKI., *Brussels I Regulation*, Ed. Sellier, 2007, págs. 190 y ss.

⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-47/14, *Holterman*, ECLI:EU:C:2015:574.

⁶ STJUE de 22 de enero de 2015, asunto C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28.

⁷ Para un estudio más detallado sobre esta cuestión pueden consultarse en español A.CALVO CARAVACA, y J.CARRASCOSA GON-

camos la respuesta dada por el TJUE para los procesos por infracciones al Derecho de la competencia, en cuyo ámbito se ha interpretado como lugar del daño “donde, por culpa del cártel, el perjudicado haya tenido que pagar sobrecostes a caso de un precio artificialmente elevado”⁸ (Asunto *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros*)⁹).

7. Aunque no siempre es fácil fijar el foro en estos casos, el TJUE ha sido consciente sin lugar a dudas de que cuando la ilicitud se ha cometido por Internet, la determinación de la competencia se complica aún más. Las consecuencias de este tipo de actividades desbordan los límites territoriales tradicionales y, con objeto de que no se queden fuera de toda regla previsible de competencia y así “evitar una competencia judicial mundial” (F.J. 57 de nuestro caso), se requiere de un especial esfuerzo interpretativo. Hasta la fecha de la sentencia que estudiamos, el TJUE había fijado los siguientes criterios en este ámbito en función de la naturaleza jurídica de los asuntos que se le planteaban: a) teoría de la accesibilidad, que supone atribuir competencia a los tribunales de los lugares en donde se pueda acceder a los materiales lesivos publicados en Internet. Este fuero se ha aplicado en procesos por daños a los derechos de la personalidad producidos por Internet (Asuntos *eDate Advertising* y *Olivier Martinez*)¹⁰, en procesos por infracciones a la propiedad intelectual (Asunto *Hejduk* antes citado y *Pinckey*)¹¹ y en supuestos de competencia desleal en Internet; b) criterio del “centro de intereses” de la víctima, con el que se fija la competencia en el lugar en donde se entiende que está el lugar principal donde opera el perjudicado por el daño, que normalmente coincidirá con el lugar de su residencia habitual o donde desarrolle su actividad profesional. Este criterio se ha venido aplicando también a litigios por daños a los derechos de la personalidad producidos por Internet; c) criterio del lugar del registro del derecho incorporado o de la Ley que lo ha reconocido, que se aplica en procesos por infracciones de la propiedad industrial –marcas, patentes, etc.– (Asuntos *Wintersteiger*¹² y *Coty Germany*, antes citado); d) tesis de la focalización, que determina que el tribunal competente será el del lugar hacia cuyo público haya tenido el autor del daño la intención de dirigirse. Se aplica, entre otros, en algunos supuestos de lesiones a la propiedad intelectual (Asunto *Football Dataco*)¹³.

8. El TJUE ha tratado en todos estos casos de no hacer interpretaciones extensivas de la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” para evitar englobar “cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar” (F.J. 51 de nuestro asunto; véase también en Asunto *Universal Music International Holding*)¹⁴. Se trata con ello de reducir al máximo el riesgo de inseguridad jurídica. De hecho, incluso ha puesto coto a la aplicación de la teoría de la accesibilidad exigiendo en casi todos sus pronunciamientos de este tipo que en cada país en donde hayan sido accesibles los contenidos sólo puedan reclamarse los daños allí producidos (teoría del mosaico), lo que obliga a interponer cuantas demandas sean precisas si es el contenido web, como suele ser habitual, puede ser consultado desde varios países (Asunto *E-Date Advertising*, antes citado, siguiendo la doctrina ya sentada en *Shevill* para supuestos de difamación en prensa escrita)¹⁵.

ZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Ed. Comares, 2017, págs. 1421 y ss., SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Art. 7.2”, en P. BLANCO-MORALES LIMÓN, y F.GARAU SOBRINO (coord.), *Comentarios al Reglamento núm. 1215/2012*, Ed. Aranzadi, 2016, págs. 206 y ss., y C.CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, págs. 413 y ss.

⁸ A.CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op.cit., pág. 1443.

⁹ STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros*, ECLI:EU:C:2015:335.

¹⁰ STJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising* y *Olivier Martínez*, ECLI:EU:C:2011:685 y ECLI:EU:C:2010:656.

¹¹ STJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, *Pinckey*, ECLI:EU:C:2013:635.

¹² STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220.

¹³ STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-173/11, *Football Dataco*, ECLI:EU:C:2012:642.

¹⁴ STJUE de 16 de junio de 2016, asunto C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449.

¹⁵ Para ver más en detalle lo que ha supuesto la teoría del mosaico, vid. A.DICKINSON y E.LEIN, *The Brussels I...*, op.cit., pág. 169.

9. En esta misma línea, el TJUE ha procurado afinar al máximo la delimitación del foro más adecuado en el Asunto *Concurrence*. Lo primero que hay que señalar es que el Tribunal entendió que, por su especial naturaleza, tenía que dar una solución nueva a este supuesto. Estos pactos están suscritos en un determinado marco legal nacional (en este caso el francés), que es el que los rige y les da cobertura. Y si, como es el caso, se suscriben con un alcance nacional, el daño producido queda dentro de esas fronteras y tendrá el impacto que se derive de la reducción del nivel de ventas que haya podido sufrir la empresa perjudicada. Así lo entiende el TJUE y por esta razón reputa totalmente indiferente que los productos se hubieran comercializado *on line* en otros Estados miembros, puesto que sólo son accionables los perjuicios sufridos dentro del marco territorial en que operaba la prohibición de comercialización. Como señalaba el Abogado General, cosa distinta es el alcance territorial de la medida cautelar de cesación que se pudiera solicitar para proteger la acción ejercitada ante los Tribunales franceses en caso de que se entienda que es preciso paralizar también la actividad de las páginas web extranjeras en tanto en cuanto afecta a los niveles de ventas en Francia. Por tanto, con independencia del lugar en donde hayan podido publicitarse los productos, el Tribunal de Justicia Europeo reputa como lugar de producción del daño “el territorio del Estado miembro que protege dicha prohibición de venta mediante la acción en cuestión, territorio en el cual el demandante afirma haber sufrido una reducción de sus ventas”. Y, en consecuencia, resuelve que los tribunales franceses deberán examinar la acción de *Concurrence* para determinar si sufrió un perjuicio como resultado de las ventas producidas en sitios web en plataformas virtuales situadas fuera de Francia.

10. La decisión del Tribunal de Justicia Europeo no tardó en tener consecuencias en la jurisdicción francesa. El pasado 5 de julio de 2017¹⁶ el Tribunal de Casación francesa dictó una sentencia que acogía los fundamentos sostenidos por el Tribunal de Justicia de la Unión, reenviando el caso al Tribunal de Apelación de París para que resuelva sobre la acción interpuesta por *Concurrence*.

III. Reflexiones finales

11. Aunque el legislador europeo podría haber aprovechado la ocasión que le brindó la aprobación del Reglamento 1215/2012 para clarificar la aplicación de los fueros especiales en materia extracontractual, nos parece acertada su decisión de que esta tarea se lleve a cabo caso por caso por vía jurisprudencial, lo que permite llegar a soluciones mucho más precisas y que se ajustan mucho mejor a la naturaleza de los asuntos que se va planteando.

12. Así, a nuestro entender, ha ocurrido en el Caso *Concurrence*, que supone un hito en este tipo de operaciones *online* y que, según señalan los expertos en este tipo de negocios, puede llegar a tener importantes implicaciones en la futura litigación en esta materia. De hecho, supone un cambio en la tendencia jurisprudencial existente en algunos países europeos (en particular en Alemania), que hasta entonces habían considerado en sus resoluciones nacionales que el hecho de querer extender el alcance de la prohibición de vender a plataformas web (como Amazon o eBay) de terceros Estados violaba el Tratado de Funcionamiento de la Unión y, por tanto, habían llegado a soluciones muy distintas a las que ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión en este asunto¹⁷. Habrá que estar atento a las resultas de esta resolución en los próximos meses para ver si esta línea jurisprudencial se consolida y cómo afecta al comercio transnacional.

¹⁶ Sentencia 1027, de 5 de julio de 2017 (14-16.737), del Tribunal de Casación, Sala mercantil, financiera y económica. Puede consultarse en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/1027_5_37259.html.

¹⁷ Opiniones vertidas por M. REICH., en el diario de noticias jurídicas *Out-law*, que puede consultarse en <https://www.out-law.com/en/articles/2016/january/cjeu-to-rule-on-right-of-french-court-to-hear-dispute-about-amazon-sales-of-samsung-products/>.

Normas de publicación

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).